

UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES ESCUELA DE DERECHO



**LA MIGRACIÓN Y LA EVOLUCIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA
CHILENA DANDO NACIMIENTO AL DERECHO MIGRATORIO**

OSCAR PEREZ CASTILLO

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

PROFESOR GUÍA: ALEJANDRO ALARCÓN.

SANTIAGO - CHILE

2019

DEDICATORIA

Esta investigación la dedico en primer lugar a mi padre quien fue un ejemplo con sus sabios consejos y sus enseñanzas y es el gran impulsor de este logro, a mi madre por creer siempre en mí y darme su apoyo a la distancia.

También dedico esta investigación a mi señora y mis dos hijos amados por apoyarme y aguantarme en todo mi proceso como estudiante y siempre haber confiado en mí.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la Universidad Miguel de Cervantes por entregarme los conocimientos necesarios que me permitieron cumplir con esta meta soñada, a su decana y directora de carrera, secretaria de carrera y en especial a mis profesores que con gran entrega y cariño traspasaron sus conocimientos con la idea férrea de hacer de sus alumnos profesionales del Derecho íntegros y dispuestos a contribuir a un Chile mejor.

RESUMEN

En el Chile actual, la temática migratoria ha tomado cada vez más relevancia tanto en el debate público, como así también, en el político, plasmándose en un reciente proyecto de Ley Migratoria presentado por el Gobierno de Sebastián Piñera.

El propósito de este trabajo es analizar la Normativa Migratoria vigente, los procesos de obtención de residencia y análisis del conjunto de organismos que intervienen en el proceso.

El debate sobre la aplicación de la normativa vigente frente al fenómeno migratorio actual es la preocupación de múltiples sectores ligados a la defensa de los Derechos Humanos, por lo que la discusión del tipo de política migratoria que necesita el país o la ausencia de esta justifica en gran medida la incorrecta aplicación de la normativa vigente, lesionando Garantías Constitucionales y sobrepasando instituciones del Derecho.

Si a esto sumamos la vulnerabilidad en que se encuentran los inmigrantes no es irreal plantear la necesidad de una legislación acorde o su correcta aplicación.

ÍNDICE

Introducción

Capítulo I: Migración en Chile

1. Conceptos preliminares sobre Migración
2. Breve historia del fenómeno migratorio en Chile
3. Estado actual del fenómeno migratorio en Chile
 - 3.1 Permanencia definitiva
 - 3.2 Migración de carácter temporal
 - 3.2.1 Visas sujetas a contratos
 - 3.2.2 Visas temporarias
 - 3.2.3 Visas para estudiantes
 - 3.3 Expulsiones

Capítulo II: Legislación migratoria en Chile

1. Antecedentes de la legislación vigente
 - 1.1 Caracterización histórica de la legislación chilena en materia migratoria
2. Decreto Ley 1.094 de 1975
3. Reglamento Ley de Extranjería
4. Breve referencia a normativa constitucional e internacional
 - 4.1 Normativa constitucional
 - 4.2 Normativa internacional

Capítulo III: Facultades discrecionales de la Administración

1. Discrecionalidad administrativa y sus límites
 - 1.1 Actos reglados y discrecionalidad administrativa
 - 1.2 Conceptos jurídicos indeterminados y margen de apreciación discrecional
 - 1.3 Discrecionalidad y arbitrariedad
2. Ingreso de extranjeros al país
 - 2.1 Requisitos de ingreso
3. Rechazo o revocación de permisos de residencia
 - 3.1 Causales de rechazo o revocación
 - 3.2 Autoridades intervinientes
4. Expulsión de extranjeros
 - 4.1 Causales de expulsión
 - 4.1.1 Causales de orden imperativo o expulsión inminente
 - 4.1.2 Causales de orden discrecional
 - 4.1.2.1 Basadas en prohibiciones de ingreso al territorio nacional
 - 4.1.2.2 Por denegación o revocación de visa
 - 4.1.2.3 Extranjeros en situación de ilegalidad
 - 4.1.2.4 No cumplimiento de obligaciones de registro
 - 4.2 Autoridades intervinientes
 - 4.2.1 Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile
 - 4.2.2 Ministerio del Interior y Seguridad Pública
 - 4.2.3 Intendente Regional y Gobernador Provincial
 - 4.3 Procedimiento de Expulsión

Capítulo IV: Derechos Fundamentales y Migración

1. Inmigrante como titular de Derechos Fundamentales
2. Garantías vulneradas a extranjeros
 - 2.1 Igualdad ante a la ley
 - 2.1.1 Preceptos de la normativa de extranjería que la vulneran
 - 2.1.2 Algunas precisiones sobre la garantía de igualdad ante la ley
 - 2.2 Debido Proceso
 - 2.2.1 Debido proceso en ingreso al país y procedimiento de expulsión
 - 2.2.1.1 Ingreso al país
 - 2.2.1.2 Expulsión del territorio nacional

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La migración hacia Chile es un fenómeno que se encuentra en aumento. Cifras e informes del Departamento de Extranjería del país, como de diversas instituciones dedicadas a estudiar los perfiles migratorios, como lo es la Organización Internacional para las Migraciones, demuestran que, a pesar de ser aún bajas en cuanto al número de personas inmigrantes, en los últimos años han ido en un aumento rápido y sostenido.

Como contrapartida de este aumento sostenido en cuanto a los flujos migratorios, es importante señalar que Chile cuenta con la legislación migratoria más desactualizada de la región, consistente en un Decreto Ley del año 1975 y su Reglamento, los cuales responden principalmente a la doctrina de la seguridad nacional, la que era propendida por la autoridad de la época y la que consecuentemente no aborda el tema desde perspectiva de derechos y garantías.

Consecuencia de constatar este crecimiento en los flujos migratorios, y la situación de la normativa vigente, es la interrogante sobre la suficiencia de ésta para enfrentar los desafíos de la nueva realidad social migratoria, lo cual, si no está siendo logrado, podría estar generando una vulneración de derechos de estas personas, teniendo el tenor de problemática urgente y de gran relevancia.

Las normas citadas, otorgan facultades discrecionales que posibilitarían la arbitrariedad administrativa en varias etapas del proceso migratorio, esencialmente prohibiciones de ingreso, motivos de rechazo y de revocación de visas, las cuales están fundadas en variados argumentos de política pública y entregada al Departamento de Extranjería y Migración (en adelante D.E.M).

Para retratar algunas de estas situaciones, tenemos el amplio margen de discrecionalidad que el art. 13 inciso primero del D.L. N° 1.094 le entrega a la autoridad administrativa, en el que las causales de expulsión se construyen a partir de conceptos jurídicos de carácter abierto e indeterminado, tales como 'utilidad' o 'conveniencia', los que deberán ser valorados directamente por el funcionario que aplica la norma.

Lo mismo sucede con las causales legales de expulsión y prohibición de ingreso, que contemplan amplios márgenes para la discrecionalidad administrativa, al fundamentar las sanciones en la protección de bienes jurídicos considerados relevantes para el Estado, tales como la seguridad nacional, el orden público o la seguridad pública, entre otros, pero en ausencia de criterios legales que permitan orientar la ponderación o proporcionalidad en la determinación y aplicación de dichas medidas.

Esta actuación, que muchas veces no pondera de manera adecuada la falta cometida con la sanción a imponer, entre otros casos, llevaría a una constante vulneración de las garantías que velan por el respeto de los Derechos Humanos de los extranjeros que llegan a residir al país.

Ahora bien, existe jurisprudencia reciente de la Corte Suprema que viene a romper en cierta forma el esquema de decisiones de las Cortes de Apelaciones en la materia, las que se caracterizaban por su deferencia con las potestades de la Administración, lo que lleva a un aumento del control a las potestades discrecionales, verificándose en el proceso migratorio.

A raíz de esta situación es posible preguntarnos: ¿Configura la normativa interna sobre migraciones un sistema de máxima discrecionalidad que favorece un actuar arbitrario de la autoridad, vulnerando derechos básicos de inmigrantes?

De manera preliminar, este trabajo intenta confirmar la hipótesis de la vulneración a la que se estarían viendo sometidos muchas personas migrantes que llegan al país, como a su vez reflejar lo obsoleta que se encuentra la legislación actual a raíz del contexto socio-político en el que se encuentra Chile actualmente, muy distinto al existente en el momento de dictarse.

Para responder a la pregunta planteada, en un primer capítulo se analizará el fenómeno de la migración en Chile, donde se revisarán conceptos preliminares sobre la migración, se describirán los principales acontecimientos que configuran las principales etapas del fenómeno en la historia de Chile, concluyendo con un análisis de las principales cifras migratorias en la actualidad.

En un segundo capítulo, se describirá los antecedentes de la legislación migratoria vigente en el país y los aspectos fundamentales del Decreto Ley 1094 y Decreto Supremo 597 y 1.930, además de una breve referencia a la regulación constitucional e internacional.

En un tercer capítulo, se explican las facultades que presenta la Administración en el ámbito de ingreso de extranjeros al país, rechazo o revocación de visas, y expulsiones de extranjeros del país; además de analizar qué se entiende por facultades discrecionales, su alcance y sus límites.

En un cuarto y último capítulo, se analiza al extranjero como titular de derechos fundamentales, y se exponen algunas de las garantías fundamentales que se verían vulneradas por la Administración en el ejercicio de sus facultades, las cuales son la igualdad ante la ley y el debido proceso.

Finalmente, se exponen las conclusiones pertinentes resultantes del presente trabajo.

CAPÍTULO I: MIGRACIÓN EN CHILE

En las últimas tres décadas Chile se ha convertido en un país receptor de migrantes, especialmente laborales, los flujos migratorios se concentran en las grandes zonas urbanas del norte y del centro del país, ocupando áreas laborales en el sector de servicios y construcción.

Todos los migrantes hombres y mujeres manifiestan su necesidad de volver a su país de origen en un tiempo determinado, el mejoramiento de ingresos los incentiva a permanecer en Chile buscando la reunificación familiar y a su vez promoviendo nuevas migraciones y estableciendo lazos afectivos.

De acuerdo a la publicación del año 2009, **“Los desafíos de las Migraciones en Chile”** la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) refiere que el incremento de la migración actualmente se caracteriza por su feminización y vulnerabilidad social, es decir que ha habido un aumento de mujeres migrantes jefas de hogar que se trasladan de manera independiente de sus parejas y familia, actualmente corresponden a la mitad de migrantes existentes en Chile.

La mayoría de migrantes se encuentran en edad laboral y reproductiva entre 18 y 55 años, llegando al país de acogida y subsistiendo, en ocasiones, de manera muy precaria y permanecen por largo tiempo sin sistema de protección social y sin conocer normativas y funcionamiento de las instituciones de salud.

En Chile el proceso migratorio ha sido nuevo y las Instituciones del Estado no están preparadas, porque hay ausencia de programas en relación al tema migratorio, lo que produce un aumento de la vulneración de los derechos humanos de este grupo y se ha reflejado en la dificultad para acceder a los servicios públicos, en abusos laborales, discriminación racial y xenofobia.

El proceso migratorio es una problemática importante por la inequidad de género en el acceso a la salud, desigualdad sexual y reproductiva, entre otras las dificultades para ingresar al sistema educacional, subsidios de vivienda, a las desigualdades laborales y a las provisiones sociales. Actualmente se ha encontrado violencia contra los migrantes y un aumento de la xenofobia.

Por esta razón ha sido importante que se planteé mejoras de regulación, protección y garantía de derechos, con la intervención intersectorial que pueda abordar todas las situaciones que en algunos casos se han convertido en extremas, se debería aumentar los esfuerzos en la integración y la protección de los derechos humanos de los migrantes.

Como antecedentes en el año 2003 el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos crea una comisión especial en la que se realizan criterios básicos de políticas migratorias, con el objetivo de concretar medidas sectoriales para incorporar a los planes y programas a la población migrante.

En septiembre de 2008, la Presidenta Michelle Bachelet, dictó un Instructivo Presidencial con el fin de avanzar en la formación del Consejo de Política Migratoria (CPM), el mismo que actualmente está a la espera de que el Ejecutivo ingrese al Parlamento un proyecto de ley de la normativa que garantice los derechos humanos de la población migrante. La Presidenta Michelle Bachelet dentro de los aspectos más importantes realizó compromisos para modernizar el marco normativo, inserción de los migrantes a la sociedad de acogida.

El Estado enfrentando la realidad del aumento de migrantes se define como un país abierto para las migraciones, **“Chile país de acogida”**, con el objetivo de que los migrantes sean tratados de manera no discriminatoria, respetar su especificidad de cultura y la integración en los diferentes ámbitos de la sociedad económica, social y política.

Como estrategia para enfrentar el fenómeno migratorio debe involucrar los países de destino, de tránsito y de origen de la migración para la realización de acuerdos bilaterales y multilaterales que permitan considerar los intereses de los migrantes.

La visión del Gobierno de Chile en materia migratoria se enfoca a regular la migración de manera que beneficie tanto a los migrantes como a las comunidades de origen.

Esta postura de acogida se viene dando en el último tiempo también a nivel mundial. En los más importantes foros internacionales, se ha analizado la relación con el desarrollo, con la seguridad humana, dando un importante lugar a la contribución de los Derechos Humanos, su relación con el desarrollo, con la seguridad humana, dando un importante lugar a la contribución de los Estados para combatir los efectos negativos que fenómenos de esta envergadura pueden producir tanto para sus protagonistas, como para las sociedades involucradas, sino existe una regulación del fenómeno por parte de agentes estatales y una sociedad civil atenta a apoyar a los protagonistas de estos procesos.

Las cifras de migración en Chile en el siglo XX permiten concluir que este fenómeno ha experimentado cambios que pueden ser percibidos a simple vista. Hemos pasado de ser un país eminentemente generador de emigrantes, a recibir ciudadanos extranjeros que eligen Chile como lugar en donde emprenderán su proyecto de vida.

Para entender el fenómeno migratorio en Chile, es importante conocer el significado y distintas acepciones del concepto, así como la evolución que ha experimentado dicho proceso en el país a través de su historia y que ha influido en la realidad y situación actual del fenómeno.

1.- CONCEPTOS PRELIMINARES SOBRE MIGRACIÓN

La Real Academia Española de la Lengua define migración como el “desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”.

En este sentido, inmigrar es ***“llegar a un país extranjero para radicarse en él”*** y emigrar corresponde a la acción de ***“abandonar su propio país para establecerse en uno extranjero”***.

La palabra migración entonces, puede ser utilizada tanto para personas que dejan su país, como para los que llegan a establecerse en otro diferente al propio.

Es importante destacar que “la movilidad espacial constituye una de las estrategias básicas con que han contado los seres humanos para buscar mejores condiciones de vida durante toda su historia. Bajo esta lógica, la migración internacional entendida como movilidad humana nada tiene de novedoso. Lo novedoso es que para que se constituya en “internacional” deben primero constituirse Estados nacionales, lo que ocurrió hace aproximadamente tres siglos, y el renovado interés que despierta como fenómeno social, es fruto de los procesos de globalización, el incremento de la desigualdad (entre países y al interior de los mismos) y el rápido e inédito cambio tecnológico que han producido un aumento de los migrantes y de las propensiones a migrar”.

En consecuencia, existen dos tipos de migraciones: las internas, en las que existe un desplazamiento dentro del mismo país y las internacionales, en las que el desplazamiento implica el cruce de fronteras internacionales, siendo de estas últimas de las que se ocupa el presente trabajo.

La principal población migrante de Chile tiene el carácter de inter o intrarregional, es decir, la referida a los flujos migratorios provenientes de la misma región continental, en este caso, América del Sur.

2.- BREVE HISTORIA DEL FENÓMENO MIGRATORIO EN CHILE

A través de su historia, Chile no se ha caracterizado por ser un país de inmigrantes en comparación con otros países de la región. Más bien, este fenómeno se ha profundizado en la última década, en la que se ha demostrado la gran importancia de Chile en el continente americano, al quedar posicionado como uno de los países más atractivos para miles de personas que abandonan sus países de origen en busca de nuevas oportunidades.

A pesar de lo anterior, respecto a que las cifras no han sido de gran magnitud a través de la historia, es importante destacar que la principal población migrante ha sido la proveniente de nuestra misma región.

Es así como respecto a su influencia cultural, aún más en algunas regiones del país, ***“la migración intrarregional ha sido siempre muy significativa y ha aumentado notoriamente en las últimas décadas, especialmente aquella proveniente de países de América del Sur”***.

Por ser la migración un fenómeno en constante cambio, Chile ha tenido diversos períodos migratorios, en los que las características y necesidades han quedado de manifiesto en cada uno de ellos.

En principio, y como uno de los primeros antecedentes de la migración hacia Chile, encontramos que *“hacia fines del siglo XIX y principios del XX, los puertos chilenos vieron como llegaban inmigrantes europeos, árabes y asiáticos, entre otros. Pero el recibimiento a estos grupos fue discrecional. Mientras se abrían las puertas a los europeos, los árabes y asiáticos eran mirados con resquemor por una sociedad y un estado chileno que privilegiaba la raza blanca por sobre otras”*.

Aquí se puede apreciar una primera etapa en la que el país era una opción no solo para personas provenientes de América del Sur, pero en la que para la autoridad no era del todo bien recibida, pues mientras los migrantes de ciertas nacionalidades eran bienvenidos, existían otros, que, respondiendo a otros patrones raciales, eran mirados como indeseados.

Es así como los árabes y asiáticos, no contaban con concesiones ni ofertas concretas para asentarse, muy al contrario de los europeos.

Según Stefoni, esto responde a una política que se enmarca dentro de un proyecto mayor de modernización de la región, impulsada por políticos e intelectuales influidos fuertemente por las corrientes modernizadoras europeas.

Lo que perseguían las leyes adoptadas en esta primera época era la idea de **"mejorar la raza"**, siendo consecuencia de lo anterior la atracción preferente a inmigrantes europeos.

Respecto de dichas leyes, la misma autora señala que en el año 1824 tuvo lugar la creación de una ley que otorgaba ciertos privilegios a los extranjeros que se establecieran en Chile.

Pero fue recién en 1845 cuando surgió el primer cuerpo legal de migración que permitió consolidar una serie de iniciativas que tenían como objetivo atraer y retener a la población blanca y europea.

Así, siguiendo el patrón migratorio que perseguía la autoridad, en 1856 se dictó en Chile una ley migratoria que permitió la llegada de aproximadamente 2.500 colonos alemanes que se establecieron en el sur del país, en ciudades tales como Valdivia y Puerto Montt.

Ya entre los años 1883 y 1905 arribaron más de 8 mil ciudadanos españoles, italianos y suizos. En los inicios del siglo XX llegaron también al país yugoslavos, quienes se establecieron principalmente en las zonas de Antofagasta y Magallanes.

Respecto a la inmigración proveniente de países vecinos, esta se desarrolló de forma sistemática durante el período mencionado. Los inmigrantes latinoamericanos, entre los que se encuentran bolivianos, argentinos y peruanos principalmente, **"representaban el 67% de los inmigrantes residentes en Chile"**.

Es así como en los siguientes años se trabajó en la institucionalización de un programa de migración selectiva. El proceso de industrialización iniciado en el país, llevó a la inclusión de nuevos perfiles de colonos, abriendo espacio a técnicos y obreros especializados, consagrándose un mercado laboral atrayente para la población especializada en estas áreas.

En el año 1953 se dictó el Decreto con Fuerza de Ley (N°69) que mantenía la diferencia en los objetivos de la migración, favoreciendo a aquella que es bienvenida en la medida en que se asumía fácilmente asimilable y que generaba aportes tanto a nivel económico, como social y cultural en el país.

Podemos denominar entonces a esta etapa en la historia migratoria en Chile, como la de **"Inmigración dirigida"** la cual se definió en el citado Decreto con Fuerza de Ley N°69 de 1953, el que establece que *"es inmigración dirigida aquella que se efectúa con la ayuda económica de instituciones nacionales, extranjeras o internacionales y con el objeto de radicar el inmigrante en una zona determinada del país, para que se dedique a labores agrícolas, forestales, ganaderas, mineras,*

pesqueras, industriales u otras que para cada caso determine el Ministerio de Relaciones Exteriores”.

Durante los programas de colonización de fines del siglo XIX y principios del XX se trataba como inmigrantes indeseados, a los extranjeros que llegaban sin vinculación con el programa de colonización y que costeaban su viaje y establecimiento en Chile; este fenómeno migratorio es el llamado **“Inmigración con desplazamientos espontáneos de personas”**, y que en general correspondía a las personas de origen no europeo.

Entre las décadas de 1970 y 1980 Chile enfrentó una crisis económica y política que desincentivó notoriamente la inmigración. Es en esta época, sobre todo durante la dictadura militar iniciada en 1973, que su carácter de país expulsor de población se tornó más evidente.

Si históricamente Chile ha sido un país con tasas de emigración más elevadas que las de inmigración, esta época corresponde a la máxima expresión de este fenómeno, el cual fue agravado, de manera casi forzada por la gran cantidad de chilenos que emprendían el exilio debido a su pensamiento político contrario al régimen militar que gobernaba el país.

En palabras de Stefoni, **“durante la dictadura se acentuó la idea de peligro bajo la forma de terroristas (comunista-marxista), mientras que en la actualidad la representación se asocia, más bien, a un problema social (bajo las imágenes de pobre-subdesarrollo-delincuente). Lo interesante es que en todas estas narrativas encontramos un punto en común, la de extranjero cuya sola presencia constituye una amenaza para el orden social, representación que encuentra terreno fértil en la reproducción de estructuras de discriminación y exclusión”.**

Por último, habiendo caracterizado la historia migratoria del país, es importante recalcar, ya que existe consenso en los investigadores y autores del tema, en que si bien las cifras o cantidad numérica no han sido de una gran relevancia **(históricamente los inmigrantes dentro del territorio nacional han representado entre el 1% y 2% del total de la población nacional)**, si lo han sido las contribuciones que esta población ha realizado a Chile, tanto en el aspecto tecnológico, de desarrollo comercial, de la banca, minería, entre muchos otros.

3.- ESTADO ACTUAL DEL FENÓMENO MIGRATORIO EN CHILE

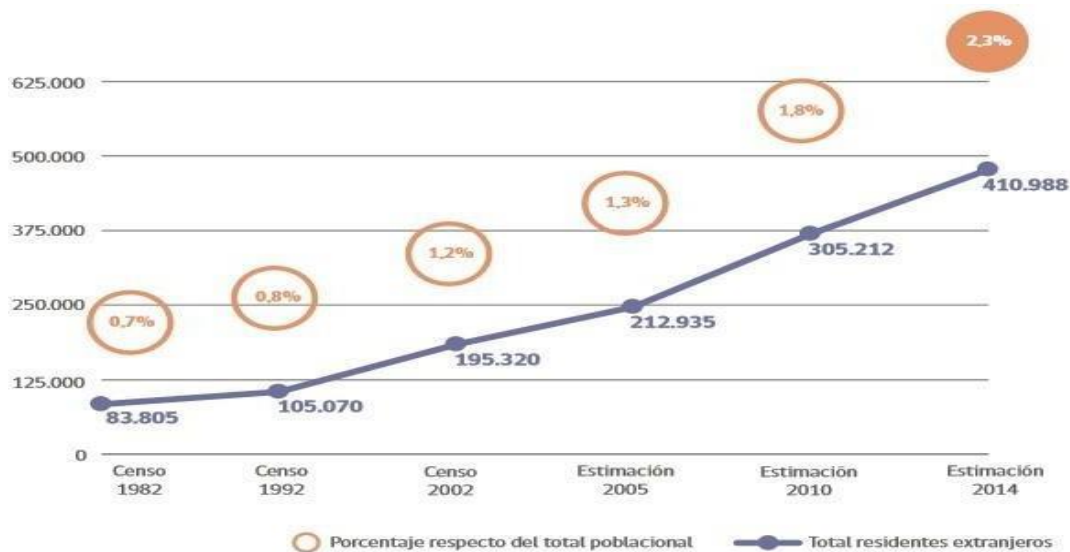
Durante las últimas décadas, el ascenso de la cantidad de migrantes hacia nuestro país hace necesario una caracterización de esta población. Según el informe de la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU del año 2013, Chile es el país de Sudamérica donde más creció el número de inmigrantes.

Como he mencionado anteriormente, en los últimos 25 años, Chile ha experimentado un aumento sostenido de los flujos migratorios, que se explica, entre otras razones, ***“por los vínculos históricos entre territorios fronterizos, en especial en las regiones extremas del país; los procesos de integración regional a los que se ha sumado Chile (Mercosur, Comunidad Andina de Naciones, Alianza del Pacífico, etc.); como también, a múltiples factores de orden económicos, sociales, de estabilidad política, de indicadores de seguridad que evidencia el país respecto de otros de América Latina, y de otros fenómenos de cercanía cultural e inserción en redes migratorias”***.

La llegada de la democracia en el año 1991 se configuró como una de las principales causas hacia el aumento sostenido de la migración hacia Chile, y la configuración del país como uno de los destinos importantes para la migración internacional, “ligado principalmente al fortalecimiento de la economía, su crecimiento y estabilidad económica, además de la consolidación institucional, hechos que pueden ser antecedentes relevantes a la hora de decidir emprender un proyecto migratorio”.

El análisis de las cifras sobre migración es lo que permite visualizar las características sociodemográficas de las personas que acceden a los permisos para poder residir de forma temporal o definitiva en Chile.

Según cifras del Departamento de Extranjería y Migración, para el año 2014 la población migrante se estimaba en 411 mil personas, muy superior a lo que era el año 2005, que correspondía a 83 mil personas. Este aumento se ve reflejado en el siguiente gráfico de población migrante entre los años 1982 y 2014.



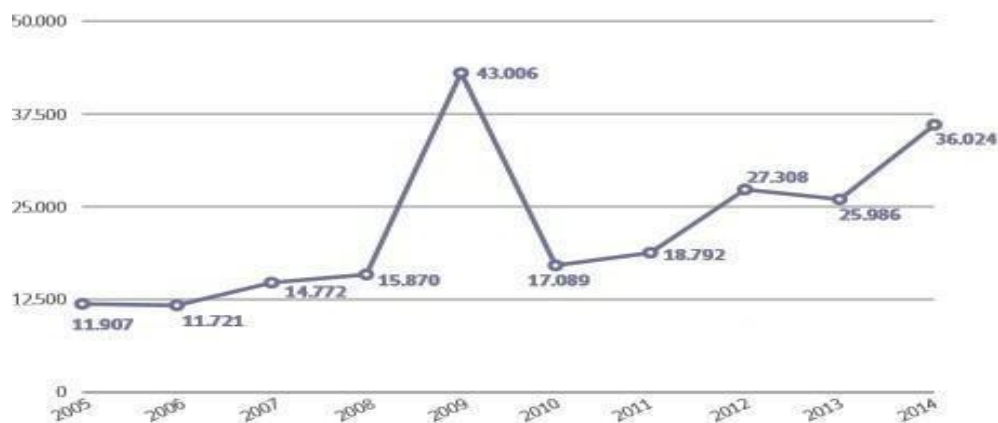
Fuente: Sección Estudios, Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Este estudio es el más actual, y arrojó que el 74,9% de la citada cifra corresponde a migrantes provenientes de América del Sur (Perú, Argentina y Bolivia principalmente). Respecto a la cifra estimada para el 2014, el 52,6% corresponde a mujeres y el 47,4% a hombres, en ambos casos el rango etario con más porcentaje es el de 20 a 35 años.

A continuación, se analizarán las cifras separadas en permisos de permanencia definitiva, permisos de permanencia temporal, y las cifras relativas a expulsiones de extranjeros del país.

3.1.- Permanencia Definitiva

Esta caracterización se centra en los permisos de permanencia definitiva, el cual es el “permiso para radicarse indefinidamente y desarrollar cualquier actividad, sin más limitaciones que las leyes vigentes”.



Fuente: Sección Estudios, Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Como queda de manifiesto en el gráfico, para el año 2005 los permisos de permanencia definitiva fluctuaban en los 11.907, cifra tres veces menor a los permisos correspondientes al año 2014, en el que se registran 36.024.

De los 36.024 permisos, el 53,5% corresponde a permisos otorgados a mujeres y un 46,5% a hombres.

Ahora bien, respecto del origen, el país con el flujo migratorio más relevante hacia Chile es Perú, y los que reflejan un considerable aumento sostenido son Colombia, España, Haití y República Dominicana.

3.2.- Migración de Carácter Temporal

En el D.S 597 en sus artículos 35 al 52 distingue tres tipos de Visa de carácter temporal, estas son: la Visa Sujeta a Contrato, cuyo otorgamiento requiere de la presentación de un contrato laboral entre un residente en Chile y un extranjero que desea trabajar en el país; la Visa Temporal, que comúnmente tiene un año de duración, después del cual se puede postular a Permanencia Definitiva; y la Visa para Estudiantes, que se otorga a extranjeros que quieren estudiar o están estudiando en Chile. Su duración es anual, pudiendo ser renovada.

3.2.1.- Visas Sujetas a Contrato

Si para el año 2005 la cantidad de estos permisos era de 21.669, el año 2014 se triplicaba esta cifra, llegando a los 66.609. En la concesión de estos permisos se encuentra una particularidad, ya que, a diferencia de los demás tipos de permisos, en esta predominan los hombres con el 53,8% de los permisos otorgados versus el 46,2% de las mujeres.

3.2.2.- Visas Temporarias

El año 2005 se registraban 17.874, la cifra en tanto el año 2014 era de 68.505. De esta cifra, el 51,7% perteneciente a mujeres y el 48,3% a hombres, cuestión que ha variado recién en los últimos 5 años, ya que antes del 2010, predominaban los hombres.

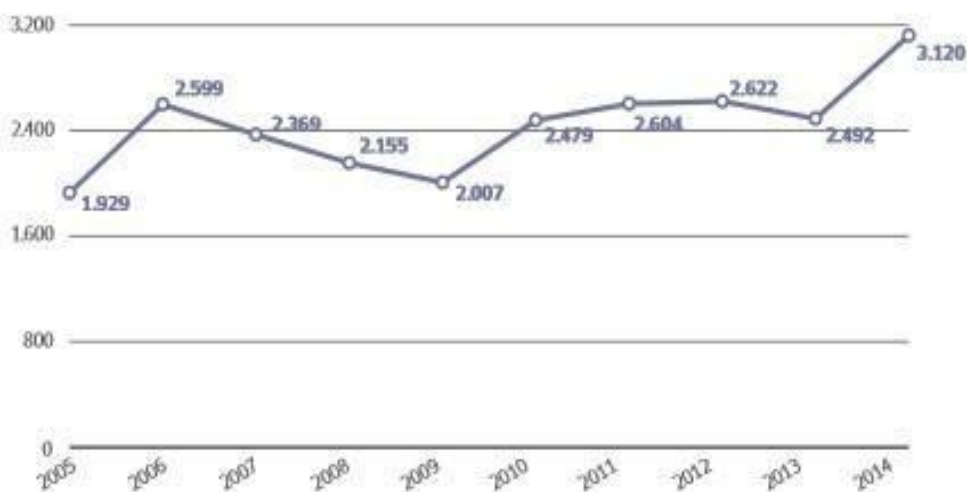
3.2.3.- Visas para Estudiantes

Este tipo de visa se ha mantenido más menos regular la última década, si para el año 2005 se registraban 1.834 permisos otorgados, el año 2014 se estimaban 2.258. Es así como el 52,9% pertenecía a mujeres, y el 47,1% de la cifra a hombres.

3.3.- Expulsiones

Así como la población migrante ha crecido en el país, así lo ha hecho también a cantidad de expulsiones por parte de la autoridad.

Si para el 2005 la cifra era de 1.929 expulsiones anuales, el 2014 fueron 3.120, lo que en la actualidad se traduce en un promedio superior a las 2.500 por año. Es así como lo muestra el siguiente gráfico:



Fuente: Sección Estudios, Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

De esta cantidad, los peruanos y bolivianos son las comunidades de inmigrantes con más expulsiones, destacando también el gran aumento de éstas en migrantes colombianos y españoles. De esta cifra el 62% corresponde a hombres y el 38 % a mujeres.

CAPÍTULO II: LEGISLACIÓN MIGRATORIA EN CHILE

1.- GESTIÓN MIGRATORIA EN CHILE

La evolución del fenómeno migratorio durante los gobiernos de Concertación ha generado que cada uno de ellos imprima un sello en su gestión en relación con esta temática.

El Gobierno del presidente Aylwin, dio el primer proceso de actualización de la legislación migratoria, introduciendo importantes modificaciones en la ley, incluyendo compromisos internacionales asumidos por Chile en relación con los refugiados, y también, generando un marco regulatorio que se ajustará a la mayor movilidad de las fronteras del país y al creciente interés de ciudadanos extranjeros por conocer la realidad nacional.

En este sentido, se dio el primer paso en la modernización de una ley que, para esa época, no se encontraba preparada para responder a los crecientes desafíos que Chile enfrentaría en relación con la movilidad de las personas.

El Gobierno del presidente Frei, frente al desafío de lo que hoy se denomina como “nueva inmigración”, decidió realizar el primer proceso extraordinario de regularización migratoria, que en su primera etapa benefició a alrededor de 44.000 ciudadanos extranjeros con permisos de permanencia temporaria, y que se consolidó con el otorgamiento de alrededor de 18.000 permisos de permanencia definitiva.

Este proceso extraordinario de regulación migratoria inauguró un proceso de modernización de la gestión de extranjería, tanto desde la perspectiva de la incorporación de tecnología para apoyar la gestión, como también desde la perspectiva del establecimiento de lineamientos de política migratoria.

El Gobierno del Presidente Lagos consolidó la modernización de la gestión desde una perspectiva política y técnica. En el primer ámbito, generó una comisión de política migratoria elaborando un texto que resume la visión del Gobierno sobre el fenómeno de las migraciones.

Los principios planteados, han servido como directriz para la acción estatal en torno al fenómeno migratorio.

De ahí se han derivado diversas acciones e iniciativas para la regularización de su situación de residencia de los ciudadanos extranjeros en Chile, destacándose algunas como las siguientes:

- Incorporación de mujeres migrantes embarazadas a los sistemas de salud, a través de la regularización de su situación migratoria.
- Regularización de la situación de residencia de todo niño que se encuentre matriculado en un establecimiento educacional reconocido por el Estado.
- Respeto de los derechos laborales de los migrantes mediante campañas de promoción conjunta entre la Dirección del Trabajo y el Departamento de Extranjería y Migración para hacer respetar los derechos laborales de los trabajadores extranjeros en Chile.
- Facilitar la obtención de residencia de ciudadanos argentinos en Chile, en el ámbito de Acuerdos sobre residencia para nacionales del MERCOSUR, Bolivia y Chile y sobre la regularización Migratoria.
- Coordinación entre el Servicio de Menores (SENAME) y el Ministerio del Interior con el fin de prevenir el tráfico y trata de niños extranjeros en Chile.
- En el ámbito del refugio, se suscribió un Acuerdo Marco de cooperación con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) que ha permitido llevar a cabo siete misiones para el reasentamiento de refugiados que se encuentran en distintos países.

Durante el Gobierno de Ricardo Lagos la gestión de extranjería evolucionó hacia la modernización de los sistemas de atención de público, buscando la reducción de los tiempos de respuesta a las solicitudes de los usuarios de los sistemas de extranjería.

Se desarrollan relevantes iniciativas como la generación de solicitudes de residencia, tanto temporales como permanentes por correo, que se transforman en elementos fundamentales de la gestión migratoria actual.

Como parte de la política migratoria en el período, Chile ratificó la Convención sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias, así como también el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, complementarios de la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional, iniciativas que posteriormente sirvieron como base para el establecimiento de los objetivos que en el ámbito migratorio fijará la Presidenta Bachelet en su programa de Gobierno.

La Presidenta Bachelet, siguiendo el proceso de la modernización, incorporó en su Programa de Gobierno referencias explícitas a la temática migratoria, lo anterior constituye un hito relevante, ya que no obstante los avances producidos en los anteriores tres Gobiernos, ninguno de ellos había establecido compromisos explícitos en torno a las migraciones, en su programa de Gobierno.

Este compromiso, tiene a lo menos cuatro componentes, a saber:

1. Reconocimiento de los apoyos que miles de chilenos han recibido en el exterior tanto en la actualidad como en épocas pasadas. Desde la lógica de la migración, este es un compromiso para Chile, que deberá mirar este fenómeno y proponer políticas gubernamentales con una óptica de derechos ciudadanos.

2. Impulso de una nueva legislación de extranjería que incorpore compromisos internacionales registrados en Chile.

3. Relevar la variable migratoria en los procesos de integración regional en los que Chile participa.

4. La necesidad de incorporar la temática de la migración en el currículo educacional.

El Ministerio de Interior, en concordancia con lo establecido en el Programa de Gobierno para el período 2006 – 2010, ha definido entre sus objetivos estratégicos, liderar el desarrollo de una política nacional de migraciones y refugio.

Este objetivo, por la complejidad de los fenómenos migratorios actuales, implica el desarrollo de iniciativas en ámbitos bastante diversos, que van desde la modernización institucional y legislativa, el tratamiento multilateral de la gestión migratoria en los espacios de integración regional, hasta la coordinación interinstitucional en la búsqueda de elaborar políticas públicas sectoriales, de manera de incorporar a los migrantes como usuarios específicos de los servicios que el estado entrega.

Los principales compromisos para liderar el desarrollo de una política nacional de migraciones y refugio son:

- Análisis de solicitudes de residencia temporal, permanente y refugio.

- Promoción de acciones de acogida que incentiven la integración del colectivo migrante.

- Promover la modernización de la institucionalidad, legislación y gestión migratoria en Chile.

- Impulsar el desarrollo de una agenda regional sobre migraciones.

2.- ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

En primer término, es importante resaltar la relación de la regulación del fenómeno migratorio con la realidad político - social de los Estados, en este caso el chileno, la que ha sido descrita por la autora María Daniela Lara: ***"La migración en Chile cuenta con un desarrollo histórico legislativo que resulta imposible de desvincular con el contexto político y social específico en que se desenvuelve. En consecuencia, indagar en la cuestión migratoria es necesariamente un examen de un momento social específico con unas orientaciones y visiones de sociedad determinada"***.

2.1.- Caracterización Histórica de la Legislación Chilena en Materia Migratoria

El primer antecedente de regulación sobre materia migratoria en Chile, lo encontramos en el año 1817 cuando se dictó la prohibición de llegada de europeos no españoles al país. Eso sí, esta medida no duró mucho tiempo, y como revisé en el capítulo anterior, los europeos en general fueron bien recibidos desde la llamada etapa de inmigración dirigida.

Más tarde, en plena época republicana, surgió la primera política orientada a normar la migración internacional. Esta daría comienzo a una etapa más dinámica en la historia migratoria de Chile, es la llamada ***"Ley de Colonización"***.

El gobierno de Manuel Bulnes fue el encargado de dictarla, siendo un hito destacado en el desarrollo migratorio nacional porque apunta directamente a la llegada de nuevos migrantes.

Esta ley autorizaba al Presidente de la República para establecer en los terrenos baldíos colonias tanto de naturales como de extranjeros que vinieran para asentarse y que ejercieran alguna industria útil.

Además, se le facultaba para asignar terrenos y auxiliarlos con los elementos requeridos para cultivar la tierra y la mantención durante el primer año y para dictar las providencias necesarias para la prosperidad de la colonia.

Posteriormente, en 1872 se creó la Oficina General de Inmigración, la cual tenía como objetivo el regular las entradas y salidas y gestionar la instalación de los extranjeros en el país.

Para ser más específico, sería la Sociedad Nacional de Agricultura quien desempeñaría funciones de Oficina General de Inmigración, y se ocuparía del desarrollo y fomento de las colonias, como de preparar todas las medidas para la instalación de estos.

También se establecía que tendría a su cargo hacer venir a las personas que deseaban contratar los agricultores y que propondría la instalación de las Agencias de Inmigración dentro y fuera del país.

En 1895 se dictó un nuevo Reglamento de inmigración, con el que la administración de los inmigrantes agrícolas pasó a depender de la Inspectoría General de la Colonización, y la de los inmigrantes industriales dependería de la Sociedad de Fomento Fabril (**SOFOFA**).

El 1 de septiembre de 1899 se emitió el Decreto sobre concesión de calidad de colonos a inmigrantes libres, el que además dispuso que los inmigrantes libres que solicitaran terrenos para establecerse como colonos serían radicados al sur del Bío Bío.

Un nuevo reglamento de inmigración libre se dictó el 24 de junio de 1905, como expresa Lara, este disponía que era inmigrante libre todo extranjero que llegara por vía de las agencias de inmigración para ocupar un trabajo existente o que se propusiera instaurar, que fuera de origen europeo o de Estados Unidos, que fuera agricultor, minero o capaz de ejercer un oficio, comercio o industria, que fuera menor de 50 años y que acreditara su moralidad y aptitudes.

En 1945 se creó un documento, con el que se fundó la Comisión Coordinadora de Inmigración, organismo sujeto a la Cancillería. Desde 1947 se empezó a adoptar una política de inmigración libre o espontánea, pero simultáneamente se continuaron aplicando criterios selectivos según la calificación técnica o el origen nacional, privilegiando al europeo.

La segunda normativa oficial de inmigración apareció en 1954, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 69. Con él se creó el Departamento de Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores y estableció la categoría de inmigrante al extranjero que ingresaba al país con el objeto de trabajar.

Posteriormente, en 1959 surge una normativa que modificó lo relativo a la admisión y el tratamiento de los extranjeros en el país, suprimiendo la visa de turismo, dando libre entrada a los extranjeros y retomando con ello la política de inmigración libre.

Establecía que, si el ingreso no se ajustaba a la ley, los extranjeros podían ser sujetos al control inmediato de las autoridades y trasladados a un lugar habitado del territorio mientras se regularizaba su estadía o se les expulsaba.

Junto con ello establecía los motivos de revocación de los permisos de ingreso y de permanencia. En caso de revocación o rechazo de las autorizaciones que indicaba la ley, el Ministerio del Interior fijaba un plazo prudencial no menor a 72 horas para el abandono voluntario del país y si ello no ocurría se dictaba un decreto fundado de expulsión.

En la ejecución de este decreto el Intendente o Gobernador tenía la facultad de ordenar el allanamiento de la propiedad y el procedimiento debía realizarse según las indicaciones de la misma ley.

Conjuntamente se establecía que no podía ingresar el extranjero que ya había sido expulsado sin derogarse previamente el decreto de expulsión, sancionando con presidio este nuevo ingreso sin perjuicio de una nueva expulsión.

Ya acontecido el golpe militar de 1973, se introdujeron quiebres de todo tipo, por lo que era de esperar que la legislación migratoria también experimentara cambios significativos.

Sin embargo, es posible afirmar que la nueva ley instaurada por el régimen militar no destruyó la idea de un migrante indeseado, sino más bien lo radicalizó y amplió la sospecha a prácticamente todo extranjero (***a no ser que demostrara lo contrario***).

La normativa vigente en la materia la encontramos en la Ley de Extranjería (D.L. 1094 de 1975), y en el Reglamento respectivo; el Decreto Supremo N° 597 de 1984, el cual fue modificado mediante Decreto Supremo N° 1930 de 7 de marzo de 2015 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, aprobándose el nuevo Reglamento de Extranjería; Decreto Supremo N°5142 de 1960 sobre nacionalización de extranjeros; Ley 20.507 sobre trata de personas y tráfico de migrantes; Ley 20.430 sobre refugiados.

3.- DECRETO LEY 1.094 DE 1975

Este decreto fue publicado en el Diario Oficial, el 19 de julio del año 1975 durante la dictadura militar. Si bien este cuerpo legal ha sido objeto de diversas modificaciones, actualmente mantiene la esencia del momento de su creación, es decir, una marcada tendencia a restringir el ingreso de cierto tipo de extranjeros, ya que fue inspirado en la doctrina de la seguridad nacional.

Bajo los paradigmas de esta doctrina, ningún “potencial subversivo del régimen” podría atravesar las fronteras del país, y es así como **“se reemplazó la categoría de migrante por la de extranjero, eliminando con ello cualquier referencia al migrante deseado establecido en las legislaciones anteriores. Con esta nueva ley todo extranjero es posible de sospecha, por lo que se establece una serie de mecanismos de control y vigilancia, que a la fecha de hoy no han sido derogados.”**

Este pensamiento quedó plasmado en toda la normativa, siendo uno de los artículos más ejemplificadores el número dos: **“mediante Decreto Supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o de seguridad nacionales”.**

Este decreto ley trata materias como entrada y residencia, impedimentos de ingreso, registro, egreso y reingreso, rechazos y revocaciones, infracciones, sanciones y recursos, medidas de control, traslado y expulsión, entre otros.

En los siguientes capítulos se analizarán algunas normas de este cuerpo legal, así como del Reglamento respectivo, relativas al ingreso, otorgamiento de permisos de residencia y expulsión del país, materias en que el D.L 1.094 confiere discrecionalidad a la Administración para decidir estas cuestiones, que pueden significar violación a garantías fundamentales de las personas migrantes.

3.1.- HISTORIA DEL D.L. 1094 DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN

A menos de 2 meses de haber asumido el poder la Junta de Gobierno, el 6 de noviembre de 1973, se publica en el Diario Oficial el Decreto Ley 81, el cual somete el derecho a vivir en Chile a la discrecionalidad de la autoridad administrativa.

El artículo 2 de este Decreto Ley, faculta al Presidente de la República para disponer la expulsión o abandono del país de personas, extranjeros o nacionales, agregando el artículo 3 que los expulsados, los que estén cumpliendo pena de extrañamiento, los que hagan abandono del territorio sin sujetarse a las normas establecidas y los asilados, no pueden reingresar sin autorización del Ministerio del Interior.

No es necesario, por lo tanto, decreto de prohibición de ingreso: ***basta el hecho objetivo de haber salido del país en alguna de estas condiciones, para transformarse en un exiliado que no sabrá cuándo podrá regresar a su patria.***

El 10 de agosto de 1974, se publica en el Diario Oficial el Decreto ley N° 604, que faculta al Gobierno para prohibir el ingreso al país a los chilenos o extranjeros que se encuentran en algunas de las siguientes causales: **realizar actos contrarios a los intereses de Chile, divulgar determinadas doctrinas o constituir, a juicio del Gobierno, un peligro para el Estado. Debe destacarse que posteriormente sólo se invocó esta última causal.**

Los Decretos Leyes 81 y 604 fueron dictados estando aún vigente la Constitución de 1925, de modo que eran claramente violatorios de la Carta Fundamental.

De allí que cuando se aplicaron esos decretos leyes para hacer efectiva la expulsión del ex-senador Renán Fuentealba y éste presentó un recurso de amparo sobre la base de la inconstitucionalidad de tales decretos leyes, el Gobierno promulgó el Decreto Ley N° 788, publicado en el Diario Oficial del 4 de diciembre de 1974, que dispuso que todos los decretos leyes dictados hasta esa fecha, **"en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos a algún precepto de la Constitución Política del Estado"**, deben entenderse que **"han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución."**

El 11 de marzo de 1981 entró en vigencia la nueva Constitución. En ella se mantuvo la garantía constitucional que establece que **"Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio"**.

Sin embargo, tal garantía fue anulada por la propia Constitución, estableciendo que en situaciones de excepción las garantías constitucionales pueden ser afectadas y, específicamente, en el Artículo 41, inciso 2º autorizó al Presidente de la República para expulsar chilenos del territorio nacional por declaración del estado de sitio.

El 14 de Julio de 1975 se promulga la ley de extranjería D.L. 1094. La aplicación de este Decreto Ley lleva consigo aparejada una política migratoria extremadamente controladora y cuyo fundamento esencial es **"la conveniencia nacional y su seguridad"**, pues bien no solo impide el ingreso de extranjeros no gratos para la seguridad interior del Estado sino también de chilenos exiliados del país, todos estos por ser riesgosos para la seguridad interna del país o agitadores de esta, tal como señala el Artículo 15º N°1 del cuerpo legal; **"Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:**

1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del

país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado”.

La arbitrariedad con la que se aplica este cuerpo normativo lleva inclusive a prohibir el ingreso al país de connotados artistas internacionales, ejemplo de ello es el cantautor español, Joan Manuel Serrat, al que en el año 1988 no se le permite bajar del avión en el aeropuerto Internacional Comodoro Arturo Benítez, argumentando el entonces auto nombrado Presidente de la República Augusto Pinochet Ugarte que ponía en riesgo la seguridad nacional, no siendo útil ni conveniente su ingreso al territorio nacional⁶.

Cabe señalar que el D.L. 1094 permanece vigente en el país y la terminología **“conveniencia o utilidad nacional”** se sigue aplicando tal como versa en su cuerpo normativo en su artículo 64° N°8; **“Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios”:**

8.- Los que no cumplan con sus obligaciones tributarias.

4.- REGLAMENTO LEY DE EXTRANJERÍA

Fue establecido por Decreto Supremo 597 del 24 de noviembre del año 1984, teniendo como objetivo ser la norma que regula la aplicación de la Ley de Extranjería, tratando todo aquello que resulte relevante para la ejecución de la ley.

Es entonces, como este Decreto replica algunas normas contenidas en el D.L 1.094 y a continuación contiene artículos necesarios para la aplicación de la ley. Un ejemplo práctico es el artículo 27 del Reglamento, que replica los impedimentos de ingreso al país regulados por el artículo 15 y 16 del Decreto Ley, y que posteriormente en sus artículos 28 al 30 regula los aspectos normativos necesarios para la ejecución de estos.

Este Reglamento ha sido modificado en varias ocasiones, siendo la última el 7 de marzo del año 2015, a través del Decreto Supremo 1.930 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del mencionado año, aprobándose entonces, el nuevo Reglamento de Extranjería, junto a otras normas específicas y una variada regulación administrativa a través de oficios, instructivos y circulares.

4.1.- HISTORIA DEL D.L. 597 REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN

El Decreto Supremo N° 1.306 del 27 de Octubre de 1975 crea el Reglamento de Extranjería y el año 1985 se aprueba el nuevo Reglamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior que rige en la actualidad.

El D.L. reglamenta el ingreso al país, las categorías de residentes, los procedimientos administrativos y sancionatorios, los recursos contra resoluciones, además de definir al Ministerio del Interior como el encargado de la función de extranjería y órgano administrativo competente, dejando fuera al Ministerio de Relaciones Exteriores de la función administrativa y solo colaboradora respecto al control de veracidad de documentación a través de sellos consulares.

Su texto cita textual: ***“Que, en virtud de la experiencia adquirida en su aplicación, la descentralización de funciones, incorporación de medios computacionales a la función de extranjería y las modificaciones introducidas al D.L. 1.094, de 1975, se hace necesario la dictación de un nuevo Reglamento de Extranjería, y De conformidad a lo dispuesto en el N° 8 del artículo 32, de la Constitución Política de la República, se promulga el nuevo Reglamento de Extranjería”.***

El D.L. 597 otorga amplias facultades a Policía de Investigaciones de Chile para que esta ejerza el control de ingreso y egreso del país de los extranjeros, como también discrecionalmente impedir su ingreso en virtud de la conveniencia nacional. Esta institución además llevará un registro de los extranjeros residentes en el país, otorgando tarjeta de control de ingreso y egreso del territorio nacional, certificando la veracidad de los datos aportados para la obtención de residencia, ejemplo de ello es la visita que hace al promitente empleador del postulante con la finalidad de dar fe de la veracidad de los términos del contrato laboral.

Este control y actuación ha propiciado abusos de parte de la institución hacia la población inmigrante postulante a visa ya que el solo hecho de no encontrar una dirección o no ubicar al promitente empleador es causal de la imputación de ***“declaración falsa”*** por parte del inmigrante.

4.2.- OTROS CUERPOS NORMATIVOS

Ley 20.430 Protección de Refugiados

Concepto de Refugiado. Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél debido a dichos temores.

2. Los que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país.

3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él.

4. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida.

A contar del año 2010, Chile cuenta con la incorporación de un nuevo cuerpo normativo en materia migratoria vinculada a la de protección a los refugiados. La Ley 20.430, impulsada por el Gobierno de Michelle Bachelet y promulgada al inicio del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, impulsa al cumplimiento y compromiso adquirido por el Estado de Chile con la ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados el Protocolo sobre el Estatuto de la Refugiados

y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derecho de asilo y refugio.

El eje central de este cuerpo normativo obedeció al principio de reciprocidad con otros Estados que acogieron a chilenos durante la Dictadura Militar formulando una serie de indicaciones referentes al trato que debe otorgar el Estado chileno a los postulantes de asilo y refugio enmarcados en el Reglamento del cuerpo normativo, siendo su capítulo III el más destacable en razón a la ratificación del Principio de No Devolución.

Decreto 818 del 13 de Julio de 1983; Delegación De Atribuciones Relativas a Extranjeros

Impulsada por el Ministerio del Interior nace a la vida jurídica el Decreto 818 con la finalidad de entregar y delegar funciones y atribuciones a los Gobernadores e Intendentes del país, para que estos pudieran sin mayor trámite expulsar extranjeros que representaran peligro para la seguridad nacional o influyeran sobre los nacionales con ideas que pusieran en riesgo al Régimen.

También se les delega la capacidad y facultad de otorgar visaciones, rechazarlas o revocarlas, reconsiderar rechazos y recepcionar solicitudes de nacionalización. El fin de controlar la población migratoria en Regiones es evidente sobrepasando las materias propias de las Gobernaciones.

Estas facultades aún vigentes dificultan la obtención o regularización de visa para la población inmigrante por cuanto las Gobernaciones o Intendencias no dan abasto frente al fenómeno migratorio actual a pesar de contar con oficinas de extranjería.

5.- BREVE REFERENCIA A NORMATIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

5.1.- Normativa Constitucional

Es importante comenzar destacando que, la Constitución chilena se basa en el principio de universalidad de los derechos, por lo que no consagra disposiciones orientadas directamente a personas migrantes.

Su primer artículo señala:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

Se puede desprender de este, que se protege a toda persona integrante de la comunidad nacional, sea nacional o extranjero, resguardándose sus derechos fundamentales y garantías que sean consagradas por la Constitución.

De ahí y como plantea Mujica, que sus disposiciones de carácter general como las garantías constitucionales establecidas en el Art. 19, que incluyen el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, el debido proceso, la libertad

de circulación, la libertad de trabajo, entre otras, les son plenamente aplicables a las personas inmigrantes.

Asimismo, les son aplicables las disposiciones sobre nacionalidad y ciudadanía que correspondan, como, por ejemplo, el derecho a voto para los extranjeros con más de 5 años de residencia y que cumplan con los requisitos.

Es así como también, que para asegurar el cumplimiento de la protección de estas garantías fundamentales le son aplicables las acciones contempladas por la Constitución para cautelar y proteger estos derechos de cualquier vulneración. Estos son el Recurso de Protección del artículo 20 y el Recurso de Amparo del artículo 21.

5.2.- Normativa Internacional

Como señala el Informe de Derechos Humanos, ***“los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por un Estado le suponen obligaciones. Una de ellas es proteger y garantizar los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin distinción alguna con fundamento en su nacionalidad o condición migratoria. Esta obligación se encuentra establecida en los tratados generales sobre derechos humanos y se conoce como el derecho a la no discriminación”***.

Los principales tratados internacionales ratificados por Chile que tienen incidencia en materia migratoria son:

- ***Declaración Universal de los Derechos Humanos.***
- ***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.***
- ***Convención Americana de Derechos Humanos.***
- ***Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias.***
- ***Convención sobre el estatuto de refugiados.***
- ***Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial.***
- ***Convención Internacional sobre los derechos del niño.***
- ***Convenio n°97 y °143 de la OIT.***

6.- SITUACIÓN DE MIGRANTES EN CHILE

Se ha estimado que existe un período de latencia de seis meses entre que el extranjero, principalmente ilegal, ingresa al país y es atendido por primera vez en el Sistema Público de Salud.

Ello ha llevado a que algunas instituciones como por ejemplo la Cruz Roja, hayan convertido una de sus unidades de atención primaria, en atención casi exclusiva de extranjeros en situación irregular, principalmente de procedencia peruana

En relación a la Salud Pública, Chile es un país exitoso, basados en que tiene una tasa de desnutrición de 0,7% en menores de seis años en el año 2000, considerándose un avance importante en la salud de los chilenos. Con respecto a la tuberculosis la tasa de incidencia en el año 2006 es de 14,2% por cada 100.000 habitantes lo que ubica a Chile como un país en etapa de eliminación de la enfermedad y con la tasa más baja de América del Sur. La mortalidad infantil de 7,9% por 1.000 nacidos vivos, en el año 2008, muy por debajo de los países vecinos.

Con todo lo anterior Chile es un país con grandes avances en el control de las enfermedades infecciosas, todo esto con la efectividad de los programas de vigilancia epidemiológica y campañas de prevención del Ministerio de Salud y los organismos involucrados.

La situación de los migrantes no regulares constituye un importante determinante social en relación a los regulares ya que acceso a la salud limita por diferentes razones:

- No tienen derecho a los beneficios sociales, como por ejemplo inscribirse en FONASA, y acceder por esta vía a la atención en salud.
- No contar con un contrato de trabajo, son vulnerables a los abusos. Ha habido situaciones que, por estar en esta condición, no se les cancela lo que les corresponde y además no tienen derecho a ser atendidos en caso de accidentes en el trabajo, aspecto central sobre todo para quienes trabajan en el rubro de la construcción lo que les genera una sensación de incertidumbre

- Limita las posibilidades de acceso a beneficios en salud como a otro tipo de beneficios sociales, como por ejemplo acceder a la casa propia.

- Emocionalmente los migrantes no regulares, viven en la incertidumbre de cómo enfrentar situaciones de emergencia y de enfermedad, ya que por su condición sienten temor de asistir a los centros públicos de salud, limitando con ello las posibilidades de atención en casos de accidentes o enfermedad como también a una serie de beneficios, como los exámenes preventivos.

EL Gobierno de Chile ha visto la necesidad de elaborar políticas y acciones específicas sobre los grupos de migrantes y refugiados en lo que refiere a su acceso a las prestaciones de salud, por lo que el Ministerio de Salud y el Ministerio de Interior firman un Convenio de Colaboración con el Ordinario No. 3229 que se refiere a la Atención de Salud de población migrante en riesgo social y situación no regular.

El mismo que permitirá la entrega de un permiso de residencia temporaria a niños y niñas menores de 18 años independientemente de su condición migratoria.

Este Convenio ha sido aprobado por el Ministerio de Salud (Resolución exenta 30 noviembre de 2007) y el Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio del Interior (Resolución exenta 9 de abril de 2007).

Acuerdan proporcionar a todos los niños y niñas menores de 18 años extranjeros atención de salud en establecimientos de la red pública de salud, en igualdad de condiciones que sus pares chilenos, en los establecimientos de atención primaria correspondientes a su domicilio y además si el menor asiste a un establecimiento educacional podría solicitar permiso de residencia de estudiante.

Adicionalmente se toma en cuenta las siguientes consideraciones:

(1) **Mujeres embarazadas en situación irregular:** El Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, mediante oficio circular 1179 del 20 de enero de 2003, complementando en Oficio circular 6232 del 26 de mayo de

2007, ha dispuesto otorgar una visa de residencia temporaria a la mujer que se encuentra en estado de gravidez y que se controla en el consultorio que corresponde a su domicilio.

(2) **Extranjeros en general:** Los extranjeros que no han regularizado su situación migratoria tienen derecho a la atención de urgencia.

(3) **Bien público en salud:** se refiere a las acciones de promoción y protección de la salud de las personas que tienen por objeto la conservación de la salud de la población previniendo riesgos biomédicos, el Ministerio de Salud garantiza su aplicación a toda población que habita en territorio nacional. Entre ellas la educación para la salud, las inmunizaciones y el control nutricional.

(4) **Y por último incluyen en la atención obligatoria a todos los pacientes con VIH, en lo que se refiere a atención, seguimiento y tratamiento.**

De acuerdo a los antecedentes anteriores, los Decretos de Ley han estado orientados a las mujeres embarazadas, a los niños menores de 18 años y las personas que podrían eventualmente necesitar una atención de urgencia, dejando en desprotección al género masculino en lo relacionado a la atención preventiva control de enfermedades crónicas, salud mental y además influye directamente los factores culturales que arraigan a las personas de sexo masculino.

CAPÍTULO III: FACULTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

1.- DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS LÍMITES

1.1.- Actos Reglados y Discrecionalidad Administrativa

Bonnard plantea que, ***"Hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste pues en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir qué es oportuno hacer o no hacer"***.

Ahora bien, varios autores distinguen entre actos reglados y discrecionalidad propiamente tal. Es así como para Mahaluf, ***"acto reglado es aquel que desarrolla estrictamente un mandato legal, donde la autoridad debe ceñirse estrictamente a la ley"***.

Además, el autor distingue varios puntos sobre estos diferentes tipos de actos emanados de la Administración.

Es así como postula que, respecto a la emisión del acto, ***"el reglado al concurrir los requisitos de hecho o de derecho exigidos por la norma para su emisión, debe ser emitido; en cambio el acto discrecional puede o no ser emitido, ya que la valoración de las circunstancias que justifican su emisión depende de la apreciación subjetiva del órgano competente para emitirlo"***.

Acto reglado entonces, es la mera ejecución de la ley, en el que la misma señala exactamente el cómo y el deber de actuar de la autoridad; en cambio en el acto discrecional la autoridad tiene un cierto margen de libertad de apreciación para decidir en qué momento debe actuar o cómo debe actuar.

En esta misma línea, Pierry precisa que el poder discrecional no es susceptible de gradaciones; existe o no. O la Administración es libre para actuar en un determinado sentido o no lo es. Sin embargo, en un acto administrativo puede haber mayor o menor discrecionalidad según que la regla de derecho deje más o menos elementos a la libre decisión de la Administración.

Es así como el D.L 1.094 presenta varios artículos en los que queda demostrado el carácter discrecional de las facultades que este le confiere a la Administración, donde en temas tan importantes y sensibles como el ingreso al país, residencia y expulsión, aquella discrecionalidad, adquiere una gran relevancia, dejando en una situación de gran vulnerabilidad a los migrantes que se movilizan hacia Chile.

1.2.- Conceptos Jurídicos Indeterminados y Margen de Apreciación Discrecional

Como segunda cuestión, precisaré en los conceptos jurídicos indeterminados y en el margen de apreciación discrecional, para así distinguir la naturaleza de las potestades entregadas por la normativa vigente sobre migración a la Administración.

Hay que destacar, como bien se pronuncia Sánchez, que no está zanjado que siempre exista una diferencia de raíz entre estos conceptos.

Son conceptos jurídicos indeterminados ***“aquellos que describen en forma abstracta la hipótesis de hecho normativa (por lo común) o el tipo o criterio de la consecuencia jurídica (más raramente).”***

Lo que se intenta con esta teoría es ***“diferenciar nítidamente entre discrecionalidad (es decir, conceptos susceptibles de aplicación discrecional por la Administración) y conceptos jurídicos indeterminados, como categoría excluida de dicha posibilidad”***.

Como se explica en la obra de Sánchez, al ser utilizados este tipo de conceptos para condicionar el ejercicio en una potestad de la Administración, sería solo una la solución justa para el caso; y es aquí donde se excluiría de toda discrecionalidad, debido a que esta admite varias soluciones justas y lícitas.

Cabe señalar, que no siempre esto es así, como lo ha destacado la jurisprudencia española, en donde se admite según Sánchez ***“que la unidad de la solución justa es compatible con el respeto de un margen de apreciación en favor de la Administración para la concreción del concepto en cada caso”***

Respecto a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, cabe señalar entonces que ***“es cuestión que entra habitualmente dentro de esa categoría que la doctrina italiana denomina fatti opinabili. La solución justa podrá ser,***

si se quiere, única en el plano de la filosofía pura, pero en la mayoría de los casos no existirá unanimidad en la búsqueda de esa solución...”

Es entonces, que la diferencia entre estos dos grandes bloques (***discrecionalidad y conceptos indeterminados***) se articula en torno a la existencia o no de criterios objetivos y no estrictamente políticos (***técnicos, de experiencia, incluso culturales o morales menos objetivos estos últimos***) que permiten al intérprete discernir el único sentido en que legalmente se puede aplicar la norma.

Consecuentemente, los conceptos utilizados por la legislación migratoria, en el D.L 1.094 y su Reglamento, tales como ***“utilidad”, “conveniencia”, “razones de interés o seguridad nacionales”***, quedarían comprendidos dentro de estos llamados ***“conceptos jurídicos indeterminados”***.

Por último, es importante destacar la opinión de Sainz Moreno, quien postula que ***“la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados es un tanto más compleja que en el del derecho privado porque no se trata sólo de resolver ciertos problemas de interpretación y aplicación, sino de establecer las razones por las que el poder judicial puede revisar las decisiones que en esta materia ha tomado la Administración. Entra en juego, pues, el tema de la relación entre la Administración y la Justicia y el de los poderes que la Administración tiene para cumplir sus fines, pero, sobre todo, y fundamentalmente, el de la juridicidad de la acción administrativa”***.

1.3.- Discrecionalidad y Arbitrariedad

El artículo 13 del D.L 1094 señala:

“Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendándose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones...”

Es uno de los artículos más ejemplificadores, donde se manifiesta la discrecionalidad otorgada a la Administración, y la problemática que puede surgir en torno a la aplicación de los conceptos indeterminados o abiertos que utiliza.

Una de las consecuencias en que puede caer la Administración es la arbitrariedad, la que es definida como **“el comportamiento o proceder arbitrario”**, es decir, **“cuando una persona queda sujeta a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”**

Es entonces que, **“la Administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que producirá la posibilidad de ser controlada por los órganos jurisdiccionales”**.

Muy adecuadas son las palabras de Hugo Caldera quien expresa que “las potestades discrecionales no pueden tener validez alguna si sobrepasan o desbordan la Carta Fundamental; esto es, si producto del ejercicio de una atribución discrecional conferida por ley se atropella o desconoce la esencia de las libertades o derechos que la Constitución asegura a todas las personas, por cuanto dicho actuar arbitrario o ilegal tendría como consecuencia la nulidad de estos actos. De esta manera, dicho autor rechaza tajantemente que la discrecionalidad administrativa sea una suerte de excepción a la legalidad, ya que considera que tal conclusión carece de argumento racional y se contradice en forma manifiesta con el articulado de la Constitución y con los principios de Estado de Derecho que rigen nuestra institucionalidad jurídica”.

Sobre esta posible vulneración de derechos y garantías por parte de la Administración a personas migrantes, me referiré en el siguiente capítulo.

2.- INGRESO DE EXTRANJEROS AL PAÍS

El Reglamento de Extranjería establece que le corresponderá a Policía de Investigaciones de Chile, o a Carabineros de Chile en aquellos lugares donde no existen Unidades de Policía de Investigaciones, controlar el ingreso y egreso de los extranjeros e impedir que entren o salgan del territorio nacional personas que no cumplan los requisitos. Además, nos dice que en los puertos estará a cargo de esta función la Autoridad Marítima.

Respecto a la calidad en que los extranjeros podrán ingresar a Chile, están señalados en el artículo 9° del Reglamento, la que puede ser de: turistas, quienes pueden permanecer en el país por 90 días prorrogables; residentes oficiales, quienes perderán esta calidad cuando se den por finalizadas sus misiones oficiales; o inmigrantes, quienes pueden permanecer en el país por el tiempo que dispongan las respectivas visas.

2.1.- Requisitos de Ingreso

El artículo 2° de la Ley de Extranjería establece que: ***“Para ingresar al territorio nacional los extranjeros deberán cumplir los requisitos que señala el presente Decreto Ley, y para residir en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones...”***.

Estos requisitos se encuentran descritos en el artículo 6° del Reglamento:

“La entrada al país de los extranjeros deberá efectuarse por lugar habilitado, con documentos idóneos y sin que existan causales de prohibición o impedimento para ingresar”.

El primero de los requisitos, debe entenderse como el ingreso por los lugares que sean controlados por las autoridades que la ley le otorgue esa función, es decir, las enumeradas en el artículo 4° del Reglamento. Estos lugares habilitados serán definidos por el Presidente de la República, mediante Decreto Supremo con la firma de los Ministros de Interior y de Defensa Nacional.

Respecto al requisito de ingresar con documentos idóneos, se puede señalar que los pasaportes auténticos y vigentes, u otros documentos análogos que califique el Ministerio de Relaciones Exteriores, como, asimismo, la documentación que determinen los Acuerdos o Convenios suscritos sobre la materia por el Gobierno de la República, tendrán este carácter.

Ahora bien, el último de los requisitos, el cual se encuentra en concordancia con el inciso segundo del artículo 2° del D.L 1094, (***“Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales”***) se ve reflejado en los artículos 15 y 16 del mismo Decreto, en los que se pueden distinguir dos tipos de causales para que la autoridad

deniegue el ingreso al país; unas obligatorias o absolutas y otras facultativas o relativas.

Respecto a esto, al leer el encabezado del artículo 15 (**“se prohíbe...”**), encontramos en principio, una potestad reglada de la Administración ya que la actividad de esta se encontraría precisa y taxativamente establecida, debiendo prohibir la entrada a quien se encuentre en cada numeral descrito en el artículo.

Ahora bien, es en estos numerales donde en la práctica se presenta discrecionalidad, al incurrir algunos en el uso de conceptos jurídicos indeterminados o que dependen de actos de autoridad que a la vez pueden depender de potestades discrecionales o de conceptos jurídicos indeterminados, como lo vemos en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6.

A su vez, en el artículo 16, la discrecionalidad se encuentra en la esencia de la norma, pues como señala el artículo, la autoridad **“podrá impedir el ingreso al territorio...”**, teniendo varias alternativas o soluciones igualmente válidas, según la ley.

El artículo 15 del D.L 1.094 se refiere a las causales de prohibición, frente a las cuales, en caso de configurarse, la autoridad debe prohibir el ingreso al país. Estas son:

1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;

2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres;

3.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos;

4.- Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social;

5.- Los que sufran enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional;

6.- Los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto;

7.- Los que no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en este decreto ley y su reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 4 del artículo siguiente y en los artículos 35 y 83, y

8.- Los que habiendo incurrido en la comisión de los delitos tipificados en el inciso primero del artículo 68 y en el artículo 69, y a su respecto hubieren prescrito las acciones penales o las penas correspondientes, en su caso, encontrándose fuera del territorio nacional.

Estas causales van en concordancia a la época de dictación del Decreto, para resguardar los ideales que era propugnado por la autoridad de ese tiempo, y de esta manera evitar el ingreso de personas que pudieran poner en riesgo su estadía en el poder.

El artículo 16 señala las causales en que la autoridad podrá impedir el ingreso al país, las cuales son:

1.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos;

2.- Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, y no estén comprendidos en el N° 6 del artículo anterior;

3.- Los expulsados de otro país por autoridad competente, y

4.- Los menores de 18 años que viajen a Chile sin ser acompañados de su padre, madre o guardador y carezcan de autorización escrita de uno de ellos o del Tribunal competente, debidamente refrendada por autoridad chilena.

Respecto a estas causales, la autoridad tiene discrecionalidad para decidir en el caso que el extranjero se encuentre en una de estas posibilidades, pero es en el número 4 en el que pareciere justificarse al ir en razón de la protección del menor.

Las demás pueden resultar confusas y peligrosas en su aplicación, al no distinguir por ejemplo la primera, en condenados y procesados; o la tercera que tiende a asimilar el procedimiento de expulsión de otro país al nuestro.

3.- RECHAZO O REVOCACIÓN DE PERMISOS DE RESIDENCIA

Como primera cuestión, es importante distinguir entre los diferentes permisos de residencia que establece la legislación migratoria chilena.

Es así como el artículo 22 del D.L 1094 señala que aparte de los turistas y residentes oficiales, se pueden distinguir:

“A los demás residentes se les otorgarán visaciones con las siguientes denominaciones: "residente sujeto a contrato", "residente estudiante", "residente temporario" y "residente con asilo político" o "refugiado" “.

Estas categorías están sujetas a aceptación o rechazo por parte de la autoridad administrativa, como también pueden ser susceptibles de una revocación.

Las visas de residente que se otorgan por contrato de trabajo, podrán ser concedidas a los extranjeros que viajen al país, para dar cumplimiento a aquel, como también a los que se encuentren en el país y se radiquen en este para dar cumplimiento a un contrato de trabajo, contemplando en ambos casos la posibilidad de ser otorgadas a sus familias.

Respecto a la vigencia de esta visación, podrá ser de hasta dos años, con la posibilidad de ser prorrogada por períodos iguales, y de solicitar la permanencia definitiva al cumplir dos años de residencia.

La visación de residencia al estudiante extranjero que viaje al país, se refiere a los que viajen ***“con el objeto de estudiar en establecimiento del Estado o particulares reconocidos por éste, o en centros u organismos de estudios superiores o especializados”.***

Es así como de igual manera ***“podrán otorgarse a los extranjeros que, encontrándose en el país, acrediten haberse matriculado en alguno de estos establecimientos”.*** Su vigencia será de un año máximo, pudiendo ser renovada por períodos iguales, en forma sucesiva y gratuita, con la posibilidad

al pasar el año de residencia de solicitar otra de las visas contempladas en la legislación, y al término de sus estudios la permanencia definitiva.

Se contempla también en el D.L 1.094, la visación de residente temporario, la que es explicada en su artículo 29, en los siguientes términos:

“Se otorgará visación de residente temporario al extranjero que tenga el propósito de radicarse en Chile, siempre que acredite vínculos de familia o intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa, visación que se hará extensiva a los miembros de su familia que vivan con él. Se podrá conceder también esta visación a los exresidentes que, a lo menos, hubieren permanecido un año en el país y a los que hubiesen tenido anteriormente permanencia definitiva y ésta hubiere caducado, de acuerdo con el artículo 43”.

Este tipo de permiso tiene una vigencia de un año máximo, pudiendo prorrogarse por una vez, por período igual. Es así, como el residente con esta visación que complete un año de residencia, puede solicitar la permanencia definitiva, estando obligado a esto, cuando complete dos años de residencia, bajo sanción de abandonar el país.

Por último, el artículo 41 del D.L 1,094 se refiere a la permanencia definitiva en el país, en los siguientes términos:

“La permanencia definitiva es el permiso concedido a los extranjeros para radicarse indefinidamente en el país y desarrollar cualquier clase de actividades, sin otras limitaciones que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. Este permiso se otorgará por resolución del Ministerio del Interior”.

3.1.- Causales de Rechazo o Revocación

Ahora bien, entrando en materia de rechazo o revocación de visa propiamente tal, el artículo 63 del mismo Decreto Ley, contempla causales en las que es deber de la autoridad, rechazar la solicitud.

En esta situación, encontramos a extranjeros que ingresan al país, estando en una de las causales de prohibición del artículo 15 (tratado previamente); los que en su calidad de residente se encuentren en las causales del 15 número 1 y 273, los que ingresen al país valiéndose de documentos falsos y los que incurran en iguales

falsedades respecto a la documentación de extranjería entregada en Chile, como los que no cumplan con los requisitos para la obtención del beneficio impetrado.

En la misma línea, el artículo 64 del D.L 1.094 señala varias causales que, en caso de encontrarse el extranjero en algunas de ellas, facultan a la autoridad para rechazar el permiso solicitado.

Es de suma importancia su último inciso el que expresa, que se podrán rechazar las solicitudes, por razones de conveniencia o utilidad nacionales, conceptos que otorgan un amplio margen de discrecionalidad, ***“al construirse estas causales desde conceptos jurídicos de carácter abierto e indeterminado”***.

Sobre la revocación de visa, el artículo 65 del mismo cuerpo legal, señala que deben revocarse los permisos y autorizaciones en los siguientes casos: otorgados en el extranjero a personas que se encuentren en alguna de las situaciones contempladas por el artículo 15 del Decreto Ley, los otorgados en Chile con infracción al artículo 63 revisado recientemente, y el del extranjero que con posterioridad a su ingreso al país como turista, o en calidad de titular del permiso o autorización concedido, quede comprendido en algunos de los casos mencionados en el artículo 64.

3.2.- Autoridades Intervinientes

Será el Ministerio del Interior a quien corresponda resolver las revocaciones, y el que deberá en caso de que se presentare, fijar a los extranjeros un plazo para abandonar voluntariamente el país.

4.- EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

La expulsión es una de las sanciones administrativas que puede establecerse en contra de un extranjero que se encuentre en territorio nacional.

Esta es una expresión del Derecho Administrativo Sancionador y consiste en el abandono obligado del país del extranjero que incurra en alguna de las causales establecidas en la Ley y Reglamento de Extranjería.

4.1.- Causales de Expulsión

Estas las encontramos en varios preceptos del Decreto Ley 1094 y del Reglamento de Extranjería. Se distinguen situaciones en que la expulsión es un imperativo para la autoridad, y otras en que la autoridad tiene discrecionalidad para aplicarla o no.

4.1.1.- Causales de Orden Imperativo o Expulsión Inminente

- Extranjeros que ingresen o intenten egresar del país, valiéndose de documentos falsos, adulterados o a nombre de persona distinta a ella, o hacer uso de estos durante su residencia, artículo 68 D.L 1094.
- Extranjeros que ingresen o intenten egresar del país de manera clandestina, por lugares no habilitados, o existiendo causales de impedimento de ingreso, y tras cumplir la pena de presidio que corresponda; artículo 69 D.L 1094.
- Simulación o fraude en la celebración de contrato de trabajo de extranjero, para que se otorgue permiso de residencia, artículo 75 D.L 1094.
- Asilados políticos o refugiados que realicen actividades en forma directa o indirecta, que puedan significar una acción contraria al Gobierno de su país, artículo 62 del Reglamento.

4.1.2.- Causales de Orden Discrecional

4.1.2.1.- Basadas en Prohibiciones de Ingreso al Territorio Nacional

Como expliqué en un aparatado anterior, existen prohibiciones de ingreso, y en concordancia con esto el artículo 17 del D.L 1.094 establece:

“Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

4.1.2.2- Por Denegación o Revocación de Visa

El artículo 63 y 64 del D.L 1094 señalan las causales en que deben ser rechazadas o pueden ser rechazadas, respectivamente, las solicitudes de visa por parte de extranjeros.

A su vez el, 65 y 66 del mismo cuerpo legal, exponen las causales frente a las que es deber revocar o se puede revocar una visación, respectivamente.

Es entonces que, como consecuencia frente a la existencia de estas causales de denegación o revocación, el artículo 67 señala que, si ocurriese una de estas situaciones, el Ministerio del Interior fijará un plazo no inferior a 72 horas para que el extranjero abandone voluntariamente el país, siendo sustituible esta medida por el otorgamiento de visa de residente por un período especial.

Señala también, el inciso cuarto del mismo artículo, que: ***“Al vencimiento de los plazos a que se refieren los incisos precedentes, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto fundado de expulsión”***.

4.1.2.3.- Extranjeros en situación de ilegalidad

Situación contemplada en artículo 71 D.L 1.094:

“Los extranjeros que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal, serán sancionados con multa de 1 a 20 sueldos vitales, sin perjuicio de que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión”.

4.1.2.4.- No Cumplimiento de Obligaciones de Registro

Los extranjeros que durante estadía en el Chile no dieran cumplimiento en forma oportuna a la obligación de registrarse, de obtener cédula de identidad, de comunicar a la autoridad, cuando corresponda, el cambio de domicilio o actividades,

serán sancionados con multas de 1 a 20 sueldos vitales, sin perjuicio de disponerse en caso de infracciones graves o reiteradas a las disposiciones de este decreto ley, el abandono del país o su expulsión.

4.2.- Autoridades intervinientes

4.2.1.- Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile

Estas instituciones, por mandato de la normativa vigente, deben denunciar al Ministerio del Interior, cualquier infracción a las normas de Extranjería que puedan llegar a conocer. El deber está encomendado a la Policía de Investigaciones, y en caso de no existir unidades en el lugar, a Carabineros.

Determinarán estas también, las medidas de control que deben seguir los extranjeros infractores de la normativa que hayan sorprendido, además de tener que notificar la expulsión y dar cumplimiento a aquella.

4.2.2.- Ministerio del Interior y Seguridad Pública

Por mandato del artículo 84 del D.L 1.094, la expulsión será dispuesta por decreto supremo fundado suscrito por el Ministerio del Interior, bajo la fórmula ***“Por orden del Presidente de la República”***, exceptuándose para la medida de expulsión de extranjeros con visa de turismo o prolongación de éste en carácter de vencido, esta toma de razón.

4.2.3.- Intendente Regional y Gobernador Provincial

Para extranjeros con visa de turismo, o prolongaciones de esta, la expulsión se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo.

Además, se faculta a estas autoridades para dictar un decreto fundado para allanar la propiedad donde se encuentre el extranjero sancionado.

4.3.- Procedimiento de Expulsión

Este se encuentra regulado en los artículos 81 y ss. del D.L 1094 y los artículos 164 y ss. del Reglamento, en ambos casos, tratado dentro de las **“Medidas de Control, Traslado y Expulsión”**.

Es entonces, que la expulsión es una de las sanciones que contempla la legislación para una infracción a esta.

Describe el artículo 82 del D.L 1.094, que será la autoridad (**PDI o Carabineros de Chile**), tras haber recibido la denuncia y sorprendido al infractor, quien le tomará declaración y procederá a retirarle los documentos que correspondan. Será también esta institución la que deberá señalar una localidad de permanencia obligada, por el tiempo que estime conveniente, fijando, además, la obligación de comparecer periódicamente ante la policía.

Si el extranjero no cumple con alguna de estas medidas, es suficiente causal para expulsarlo del país.

Como había adelantado, la expulsión será dispuesta por Decreto Supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula **“Por orden del Presidente de la República”**, donde se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes; además de la excepción ya revisada para los extranjeros con visa de turismo que puede ser dictada por el Intendente Regional sin más trámite.

Respecto a estos recursos de carácter administrativo, se encuentran regulados en la Ley 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos, y tienen cabida cuando la expulsión es dictada por el Intendente Regional o Gobernador Provincial, a través de una Resolución Exenta.

Es importante destacar que las medidas de expulsión pueden ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento.

Luego de notificada por escrito la resolución de expulsión, el extranjero podrá reclamar judicialmente por sí mismo, o mediante un miembro de su familia cuando la expulsión es dictada mediante Decreto Supremo. Esto será ante la Corte

Suprema, en un plazo no superior a 24 horas. El recurso debe ser fallado dentro de los 5 días siguientes a la presentación.

Cabe destacar, que, si bien la presentación del recurso tiene como efecto la suspensión temporal de la orden de expulsión, el infractor debe permanecer privado de libertad en el recinto carcelario que el Ministerio del Interior o el Intendente determinen.

Para estos efectos, y según lo que establece el artículo 167 del Reglamento, esta opción de reclamación es para extranjeros que estén en calidad distinta a la de turista en el país, ya que para ellos no existe esta posibilidad del artículo 89 del D.L 1.094, y es el Intendente o Gobernador quien decide la expulsión, como ya mencioné, eximido de la toma de razón.

Una vez transcurrido el plazo de 24 horas, y este no ha recurrido, o contado este mismo plazo desde que se negó el recurso, la autoridad procederá a cumplir la expulsión.

Por último, es necesario señalar que para los tripulantes extranjeros de empresas mercantes o que se dediquen al transporte internacional de pasajeros rige un procedimiento especial, consagrado en el artículo 85 del D.L 1.094. Esta señala que los que no reúnan los requisitos para ser considerados turistas, serán expulsados del territorio nacional sin más trámite, a menos que sus representantes o diplomáticos gestionen dentro de un plazo prudencial, su salida del país o la ampliación del permiso de tripulante.

CAPÍTULO IV: DERECHOS FUNDAMENTALES Y MIGRACIÓN

1.- INMIGRANTE COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como personas que dejan sus países de origen para emprender nuevos caminos en otros Estados, es de suma de relevancia estudiar el estatus jurídico que presentan los inmigrantes en los países de destino, en este caso Chile, toda vez que representan un grupo vulnerable y que históricamente ha sido transgredido en sus derechos.

Es así como el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que **“toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...”**, y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, **“cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”**.

En sede americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisa que esta obligación alcanza a la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debiendo ser cumplidos por todos los Estados, acarreado obligaciones erga omnes y debiendo respetarse con independencia de la situación administrativa del extranjero.

Respecto al ordenamiento jurídico chileno, si bien este no reconoce expresamente la titularidad de derechos a extranjeros, existen preceptos que ayudan a dilucidar esta cuestión.

En palabras de Bassa: **“la Constitución Política de Chile reconoce un estatuto jurídico de derechos fundamentales, en el cual no se hace distingo alguno respecto de la titularidad de dichos derechos, por el contrario, la Constitución señala expresamente en su artículo 19: “ La Constitución asegura a todas las**

personas...”, reconociendo desde ya que los derechos fundamentales son de titularidad de la persona en cuanto tal, sin miramientos a estatutos especiales, como consecuencia directa de la universalidad de los derechos fundamentales”.

Lo anterior es reafirmado por el Tribunal Constitucional, el que conociendo un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 del D.L 1.094, sostiene que: **“la distinción extranjero - chileno puede realizarse y el texto fundamental no la prohíbe. Sin embargo, se trata de una distinción que es sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla. Desde el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución se sostiene que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”**. Esta dignidad común desde el nacimiento de nacionales y extranjeros, exige una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos”.

Se puede añadir que el artículo 19 número 2 asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, estableciendo que no existirán grupos privilegiados ni se podrán realizar diferencias arbitrarias por los organismos públicos; asimismo, el numeral 3 del artículo 19, asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, sin distinción.

Ahora bien, este reconocimiento de derechos mínimos de las personas migrantes no conlleva la negación de las facultades soberanas de control migratorio.

Estas pueden establecerse como ejercerse respecto al contexto, situación e intereses del Estado, eso sí, no puede vulnerar derechos fundamentales de las personas, siendo esta la gran limitante del poder soberano del Estado para el control migratorio.

Complementando las normas que garantizan los derechos de las personas inmigrantes que se encuentran en la Constitución Política de la República, tenemos el derecho internacional de los derechos humanos presente en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, los que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º del texto constitucional chileno, se han incorporado como un límite a la soberanía al ordenamiento jurídico interno.

En este sentido, además de las Convenciones a que se ha hecho referencia y sin perjuicio de lo que se dirá sobre el derecho a la igualdad ante la ley en el Derecho internacional humanitario, en particular, se destaca la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

No obstante, ni el Decreto Ley de Extranjería ni su Reglamento contienen norma alguna referida a los derechos de los inmigrantes.

Sin embargo, esta omisión, en buena medida ha venido a ser suplida por el Tribunal Constitucional, el que, en sus conclusiones sobre el requerimiento de inaplicabilidad antes citado, indicó los elementos que constituyen el nuevo estándar que tiene la Administración para abordar casos relacionados con personas migrantes, los cuales describe así: “Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros, (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 No. 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”

Este considerando refleja un gran avance en materia de límites a la soberanía del Estado, en este caso del control migratorio, y de la promoción de los derechos fundamentales contenidos en distintos tratados internacionales ratificados por Chile, tras “abordarlos exhaustivamente como pocas veces ocurre en jurisprudencia”, fijando un estándar para abordar la situación de las personas migrantes, desde el complejo conjunto de normas del derecho internacional de los derechos humanos, sincronizándolo con la normativa interna.

Como conclusión, y tal como lo describe Bassa, estas normas tratadas permiten establecer que el ordenamiento jurídico ha recogido normativamente los principios de igualdad ante la ley y de universalidad de los derechos fundamentales, por lo que se tienen consecuencias claras: a nivel constitucional, no se ha establecido diferencia alguna en la titularidad o en el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de los inmigrantes; más aún, el legítimo ejercicio de sus derechos se encuentra garantizado de igual manera que respecto de los nacionales.

2.- GARANTÍAS VULNERADAS A EXTRANJEROS

He revisado en el capítulo anterior, que la Administración posee facultades discrecionales en materias como entrada, permisos de residencia y expulsión de extranjeros del país.

Estas situaciones amparadas por una normativa preconstitucional que sigue vigente en la actualidad, son resultado del ejercicio del poder estatal y la soberanía que presenta el Estado respecto al control migratorio, y que el derecho internacional migratorio **(que se encuentra en formación)** concede y aprueba toda vez que no sobrepase el límite de los derechos fundamentales de los extranjeros, que ante todo son personas.

Es así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos.

Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados.

Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”.

Nuestra Corte Suprema también se ha pronunciado sobre esta cuestión, estableciendo **“que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso”**.

A continuación, analizaré la situación de dos derechos que son constantemente vulnerados en el ejercicio de esas facultades discrecionales y que configuran una situación grave y de contravención a nuestra Carta Fundamental y tratados internacionales ratificados por Chile.

Estos son la igualdad ante la ley y el debido proceso.

2.1.- Igualdad Ante la Ley

El derecho a la igualdad ante la ley, así como la igualdad en el ejercicio de los derechos, se encuentran reconocidos en la Constitución Política vigente.

Como primera cuestión el artículo 1° de la Constitución establece que **“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”**. Es una igualdad jurídica que se funda en la dignidad del ser humano por su calidad de tal.

Siguiendo con la Constitución, el artículo 19 número 2 establece: **“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”**

Este artículo consagra la igualdad ante la ley, que más bien se refiere a la igualdad en la ley. Exige que los textos legales no deben contener materialmente distinciones subjetivas, representando un límite a la acción legislativa y al contenido de la ley.

El texto constitucional impone ciertas restricciones básicas al contenido legal: dispone la igualdad entre las personas, no reconoce a personas o grupos privilegiados, declara abolida la esclavitud, y prohíbe las discriminaciones arbitrarias por parte de la ley y de la autoridad.

Por otro lado y como se indicó, en sede americana, encontramos el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone: **“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”**.

Es así como el artículo 24 de la Convención lo consagra, sosteniendo que: **“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”**.

Como última mención destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 2 dispone: **“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”**; y su artículo 7: **“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”**.

Es entonces, que la persona migrante que ha ingresado al país ha de recibir un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, en armonía con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile.

Pertinente es la descripción hecha por Peña Freire sobre esta igualdad entre nacionales y extranjeros: **“El derecho fundamental como norma de principio impone que determinado comportamiento reciba una protección jurídica preferente frente a otro en determinadas situaciones; y la preferencia y su necesaria imposición a todos los sujetos del ordenamiento jurídico viene establecida en una norma de rango constitucional y no por la voluntad de quien deba hacer efectiva dicha preferencia”**

2.1.1.- Preceptos de la Normativa de Extranjería que Vulneran el Derecho a la Igualdad

En primer lugar, mencionaré el artículo 13 inciso 1° del D.L 1.094, el cual establece que las atribuciones del Ministerio del Interior correspondientes al otorgamiento de visas, sus prórrogas, concesión de permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente, atendiéndose a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional.

Aquí podemos distinguir dos juicios o parámetros para la autoridad administrativa en su decisión y aplicación de la normativa. Estos son la conveniencia y utilidad que reporten para el país y la reciprocidad internacional.

Afirma el Instituto de Derechos Humanos, que el problema existente en esta disposición, es el trato diferenciado de las personas para la residencia en Chile, de acuerdo a la nacionalidad, distinguiendo entre conveniencia y utilidad para la

posibilidad residencial del extranjero y la exclusión de tal exigencia para las personas de nacionalidad chilena. Cualquier persona de nacionalidad chilena puede permanecer legalmente en Chile, independientemente de si su residencia es útil o conveniente para el país. Si esa persona es de nacionalidad extranjera, la situación cambia.

La residencia está sujeta a un requisito adicional, sustancial y subjetivo, constituido por la conveniencia y la utilidad,⁹⁵ diferenciación que no responde a ***“fines constitucionalmente legítimos con su establecimiento ni se dan razones objetivas ni razonables para tal diferenciación por tales criterios”***.

Es entonces, a todo juicio, un artículo que trasgrede el principio de igualdad, resguardado por nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que establece una diferenciación por nacionalidad que no se encuentra sustentada.

Continuando se presenta el artículo 15 número 4 del D.L 1.094, el cual prohíbe el ingreso de quienes no tienen o no pueden ejercer profesión u oficio o carecen de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social.

Aquí es necesario considerar dos cuestiones, explica Díaz: ***“En primer lugar, esta causal se circunscribe al criterio general para que un extranjero pueda ingresar al Estado con ánimo de radicarse en él, cual es “la conveniencia o utilidad que pudiese reportar al país”***, por lo que la pauta que la funda pareciera ser una preocupación por el desmedro económico que los ingresos de extranjeros sin trabajo pudieran significar a las arcas fiscales. Segundo, no impide que los familiares directos (***cónyuge, padres e hijos***) de quien es titular de permiso puedan solicitar el suyo en condición de dependencia, pues conforme al Reglamento pueden ser beneficiarios de residencia si viven a expensas del titular de un permiso, para ello deben acreditar sustento económico, mediante declaración jurada de expensas, realizada por el sostenedor (titular) ante un notario público, y señalar que asumirá los costos de mantención en Chile del dependiente que está solicitando el permiso. Por tanto, podría cuestionarse si esta causal cumple o no con el principio de igualdad y no discriminación, pues eventualmente se podría sostener que se efectúa una distinción por razón de la posición social y económica de los extranjeros”.

2.1.2.- Algunas Precisiones Sobre la Garantía de la Igualdad Ante la Ley

Hay que destacar que la igualdad ante la ley no supone una identidad de las posiciones jurídicas particulares de los sujetos que integran las categorías en cuestión.

Más bien, se pretende garantizar que las razones esgrimidas para establecer dichas diferencias serán razonables, es decir, compatibles con el estándar constitucional de protección de los derechos fundamentales, como de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

Así entonces, no se prohíbe toda diferenciación normativa, sino solo aquellas de carácter arbitrario.

Estimo que es trascendental entender que los migrantes establecidos en el país configuran un grupo vulnerable, estando expuestos a mayores riesgos, los que a modo ejemplar pueden ser físicos y psíquicos, convirtiéndolas en blanco de situaciones de desprotección, que afectan principalmente a mujeres, niños y migrantes pobres.

Así, establecer condiciones para la residencia en Chile, como la conveniencia y utilidad, viene a profundizar la situación de vulnerabilidad, ubicando a los extranjeros(as) en una posición de **“inferioridad”**, más que constituir una política pública que procure un tratamiento **“al menos igual”** entre personas nacionales y extranjeras.

En consecuencia, en caso de que el ordenamiento jurídico establezca diferencias basadas en categorías que han sido catalogadas como **“sospechosas”**, de producir discriminaciones arbitrarias, aquellas **“debieran orientarse a compensar posiciones jurídicas relativas de vulnerabilidad, en orden a garantizar a estos colectivos las condiciones materiales adecuadas para un efectivo ejercicio de sus derechos. Así, la medida adoptada por el legislador debe ser proporcional a los fines perseguidos con la medida, donde las consecuencias jurídicas de la diferenciación sean compatibles con la garantía de la igualdad ante la ley”**.

2.2.- Debido Proceso

El derecho al debido proceso se encuentra recogido en el catálogo de derechos amparados por nuestra Constitución en el artículo 19, en particular en su numeral 3.

Como describe Bordalí, en el inciso quinto del artículo 19 número 3, se optó por utilizar la expresión **“racional y justo procedimiento”**, la cual sería una equivalente al debido proceso. Este incluye garantías como emplazamiento de partes, examen y fundamentación de la prueba rendida, fundamentación de sentencias, existencia de recursos procesales, entre otras.

El autor explica también, que se reconocieron garantías que tradicionalmente han formado parte del debido proceso, tales como el derecho a defensa jurídica, establecido en el artículo 19 número 3 inciso segundo., y el derecho a un juez predeterminado por la ley, del 19 número 3 inciso quinto, debiendo agregarles las recogidas en tratados internacionales vigentes que se encuentren ratificados por Chile.

Cabe destacar entonces que, **“el debido proceso, en definitiva, funcionará como un meta derecho referido a un conjunto de derechos procesales mínimos más o menos detallados en la Constitución o en tratados internacionales sobre derechos humanos, pero también funciona como un principio de carácter constitucional y como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado o colmado por los órganos a los que el sistema jurídico entregue esta competencia. En esta última concepción el debido proceso permitiría una expansión de las garantías mínimas reconocidas en la Constitución o los tratados internacionales...”**

Uno de los tratados internacionales más importantes en cuanto al reconocimiento de derechos, corresponde a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 8 consagra el debido proceso, diferenciando requisitos que se hacen extensibles a toda clase de proceso (8.1), y otros al proceso penal (resto del artículo 8); aunque la Corte Interamericana ha establecido que todo el numeral es extensible a toda clase de proceso, al establecer: **“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula *“Garantías Judiciales”*, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, *“sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”* a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”**.

Siendo así, el catálogo de derechos vinculados al debido proceso que el artículo 8 Convención Americana de Derechos Humanos reconoce, son los siguientes:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías:

a. Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c. Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por ley;

f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Si bien en apartados anteriores se llegó a la conclusión de que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución son extensivos a todas las personas sin distinción entre nacionales y extranjeros, ahora cabe preguntarse si respecto a los últimos debe importar su estado migratorio. Respecto a esto, ***“la Corte Interamericana hace extensivo el derecho al debido proceso a toda persona, independientemente de su estatus migratorio y precisa que este derecho está compuesto por el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de garantizar el derecho a la defensa ante cualquier acto del Estado, se trate de un proceso administrativo sancionatorio o jurisdiccional, incluyendo los procedimientos de expulsión”***.

2.2.1.- Debido Proceso en Ingreso al País y Procedimiento de Expulsión

Son varias las disposiciones que regulan procedimientos en materia de extranjería en el D.L 1.094 y su respectivo Reglamento que no parecen cumplir con la garantía del debido proceso.

2.2.1.1.- Ingreso al País

Como ya mencioné, el extranjero debe cumplir con los requisitos dispuestos por el artículo 2° del Decreto Ley, y no encontrarse en alguna de las causales absolutas de prohibición.

De esta manera, el inciso segundo del artículo 2 citado, establece que se podrá prohibir el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacional.

Al respecto, se ha advertido que los problemas vinculados al incumplimiento del debido proceso que se evidencian en la norma y en su aplicación son ***“la indeterminación de sus causales, la falta de recursos especiales para revocarlas, la recurrente omisión de su duración y la inexistencia de procedimientos de readmisión. Además, estas prohibiciones se pueden adoptar ex ante o ad hoc”***.

Ante situaciones como esta, la Corte Interamericana ha establecido que ***“si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”***.

Otra situación se presenta respecto del artículo 15 del Reglamento, que atribuye la competencia para verificar el cumplimiento de estos requisitos y de ausencia de prohibiciones de entrada, al Servicio Exterior.

Aquí puede presentarse la situación en que este Servicio niegue una visación por razones carentes de fundamentos, por ejemplo, por falta de claridad en torno a la prueba, y de cómo se demuestra la ***“mala calidad”*** de una persona para su ingreso al país, pareciera que no existen parámetros objetivos antes esta cuestión.

2.2.1.2.- Expulsión del Territorio Nacional

Respecto a la medida de expulsión, contemplada como una de las medidas sancionatorias, se puede observar una gran deficiencia respecto de los parámetros constitucionales e internacionales que debiera considerar un debido proceso.

Si bien ninguna norma de Derecho Internacional prohíbe la expulsión de un extranjero de un Estado, como mencioné anteriormente, esta medida debe tener ciertos límites.

Es así como la expulsión no debe ir acompañada de daños, vejaciones o sufrimientos innecesarios, que pudieran considerarse inhumanos. Además, el Estado debe articular y conceder un trámite de audiencia y un derecho de recurso en favor del extranjero.

Esto, en concordancia con los parámetros definidos por la Corte Interamericana, los cuales han sido recopilados por Domínguez, quien ha señalado que se aplican a los procedimientos de expulsión: el derecho a una audiencia pública; el derecho a ejercer adecuada y oportunamente el derecho a la defensa; el derecho a ser asistido por un abogado y a la asistencia jurídica gratuita; el derecho a un tiempo suficiente para presentar descargos; el derecho a un tiempo razonable para preparar y formalizar una respuesta y para buscar y alegar evidencia contradictoria; el derecho a ser informado con anticipación de las razones de la expulsión; el derecho a apelar la decisión ante un juez o tribunal superior; el derecho a la asistencia consular cuando la persona migrante está privada de la libertad y el derecho a la notificación.

Cuando una expulsión es decretada debe ser notificada por escrito, siendo en la práctica, recién en ese momento en el que el extranjero toma conocimiento de esta situación, viendo perjudicado su derecho a efectuar descargos o a ejercer una adecuada y oportuna defensa jurídica que resulte efectiva.

Más aún, los artículos 86 del D.L 1.094 y 170 del respectivo Reglamento permiten el allanamiento de determinada propiedad particular para hacer efectiva la expulsión. Esta medida no cumple con los requisitos del sistema procesal penal, es meramente una decisión del Intendente Regional o Gobernador Provincial, haciéndola efectiva mediante un decreto.

Sobre la posibilidad de recurrir, si bien existe la posibilidad de aplicación de recursos de reposición y jerárquico contempladas en la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, ***“el amplio margen de maniobra concedido por el artículo 13 del Decreto Ley de Extranjería, hace difícil vislumbrar alguna decisión revocatoria”***.

Más aún, el Decreto Ley contempla un recurso especial de reclamación ante la Corte Suprema, el cual debe ser interpuesto en un plazo máximo de 24 horas.

Estimo que este brevísimo plazo es claramente contrario a las garantías mínimas del debido proceso, ya que en primer lugar no hay obligación de la Policía sobre informarle esta posibilidad de recurso especial al extranjero, agregando en la gran mayoría de los casos el afectado no ha tenido posibilidad de tener asesoría jurídica; en segundo lugar, encontrándose el afectado privado de libertad; y en tercer lugar, que el recurso debe ser fundado, algo muy difícil de cumplir para una persona en estas condiciones en 24 horas. Todo esto sitúa al extranjero en una situación de completa indefensión.

No es menos importante, mencionar que muchas veces el extranjero no habla el idioma del país al cual se ha trasladado, por lo que menos aún, puede realizar alegaciones o ejercer su defensa, lo que es particularmente grave, considerando que, esta garantía se encuentra establecida por el sistema americano de protección de derechos fundamentales.

Por último, destacar que se ha utilizado el recurso de amparo para impugnar estos Decretos de Expulsión, lo que en un primer período no fue efectivo pues, existía la tendencia a no ser acogido por las Cortes de Apelaciones, ya que se escudaban en la existencia del recurso especial de reclamación.

No obstante, en el último período esta estrategia ha presentado un mayor acogimiento, siendo aceptado por los tribunales superiores de justicia. Como describe Godoy: “Ello es de toda lógica, ya que tanto la orden de expulsión, como

la dictación de una medida de abandono, importan una actuación de la autoridad que perjudica, o al menos amenaza, el derecho a la libertad ambulatoria, especialmente en los términos consagrados en el artículo 19 No. 7 letra a) de la Constitución Política de la República... En este ámbito, un aspecto interesante ha sido la aplicación directa de normas de derecho internacional de derechos humanos (DIDH) al momento de resolver sobre la legalidad de las órdenes de expulsión. A ello se suma el hecho de que la Corte Suprema ha considerado las circunstancias concurrentes al evaluar la razonabilidad de las decisiones adoptadas por la administración, sean estos antecedentes familiares o, incluso, la disposición, actitud y actuaciones positivas de los amparados extranjeros en la búsqueda de una situación”.

3.- ESTUDIOS DE MIGRACIÓN Y SALUD EN CHILE

Chile cuenta con diferentes estudios de la población migrante desde el punto de vista sociológico, pero pocos son los estudios con enfoque epidemiológico y de salud.

En relación a los estudios de salud, en el año 2008 se realiza el estudio ***“Diagnóstico y Factibilidad Global para la implementación de políticas locales de salud para inmigrantes en la zona norte de la Región Metropolitana”***, el cual responde al interés del Ministerio de Salud de Chile por realizar un diagnóstico de esta población y por generar propuestas para la implementación de políticas a través de los Servicios de Salud y de conocer la situación de la inmigración externa en estas comunas y proponer un plan piloto de atención de salud de la población inmigrante que vive en las comunas de la zona norte de Santiago.

En el mismo año 2008, el Hospital Clínico de la Universidad de Chile, la Organización Mundial de las Migraciones Sede Chile y el Ministerio de Salud, realizan el estudio ***“Diagnóstico y Factibilidad Global para la implementación de políticas globales de salud mental para inmigrantes de la zona norte de la Región Metropolitana”***, el objetivo del mismo es realizar un diagnóstico de salud mental en la Comuna de Independencia mediante un proyecto de intervención en salud mediante el cual a mediano y largo plazo se consiga una plena integración del inmigrante en las normas, programas y políticas de salud logrando así la equidad en el acceso y atención en salud respetando la legislación internacional y nacional de los inmigrantes tomando en cuenta el respeto a los derechos humanos.

“En Diciembre de 2005, se realizó en la Región Metropolitana una encuesta entre la población extranjera que reveló que el 40% de los niños migrantes no se encuentran inscritos en el Sistema de Salud Pública y mucho menos en una ISAPRE. De éstos el 30% no tienen cédula de identidad, que es un requisito para ser atendidos en el sistema.

4.- MIGRACIÓN Y SALUD

La cita de R. Colasanti en el II Congreso de Medicina y Emigración (Roma, 1990), es lo suficientemente definitoria y concreta sobre el reto de la comunicación con los pacientes migrantes.

"La medicina de la inmigración no es una medicina de parásitos ni virus raros. Es medicina de hombres y mujeres que se diferencian en la forma de expresar su sufrimiento, su modo de concebir la enfermedad, el acto médico, el dolor o la muerte. De unos hombres y mujeres que han dejado una cultura sanitaria sin haberla abandonado y adquieren otra sin todavía comprenderla, de unos enfermos que esperan de nuestro mundo sanitario una tecnología carismática que los salve, pero que no aciertan a hacer comprender sus problemas interiores a médicos y cuidadores"

(R. COLASANTI, 1990:)

Como señala Colasanti la medicina de los migrantes debe ser acorde a su realidad porque son grupos de individuos con características diferentes, vale decir el objeto tradicional de la medicina debe adecuarse a las condiciones específicas de las personas migrantes porque traen en sí una cultura sanitaria distinta y porque son aprendices de nuevas condiciones de salud.

En el ámbito de la salud el país que recibe a los migrantes puede sufrir cambios epidemiológicos en enfermedades erradicadas, controladas e incluso aquellas prevalentes, pero con un patrón epidemiológico desconocido. Desde tiempo atrás se ha reconocido que existe relación entre la migración, es decir, es desplazamiento de las personas y las enfermedades, sin embargo, solamente el último siglo se ha incorporado, la Salud Pública vinculada a la migración.

La Asamblea Mundial de Salud, en 1951, elaboró el Reglamento Sanitario Internacional con el objetivo de reducir el riesgo de la propagación internacional de enfermedades de importancia global para la salud pública. Este reglamento fue revisado en el año 2005.

En algunos países exigieron valoraciones de salud a los procesos de migración con el fin de negar la entrada a personas consideradas como un riesgo para la Salud Pública.

Uno de los muchos factores que contribuyen al campo emergente de salud migratoria es la evidencia cada vez mayor de que los sistemas mundiales de control y vigilancia de la tuberculosis han dejado de apreciar el alcance y los patrones de los movimientos de las poblaciones.

En la actualidad en las ciencias de la salud hay un campo especializado que es la Salud Migratoria que trata los problemas de salud individuales de los migrantes, así como los asuntos de Salud Pública relacionados con el desplazamiento de las personas.

Los vínculos entre la salud migratoria y la salud pública involucran todas las fases de un migrante, incluyendo el sitio de origen, tránsito, destino y retorno y todos los patrones de los movimientos, incluyendo migración irregular y migración circulatoria o retorno que son los desplazamientos de migrantes que se quedan en el país huésped por un período corto y regresan a su país de origen.

El objetivo de la Salud Pública incluye a todas las personas que viven en una comunidad, y a la protección de las poblaciones de enfermedades mediante políticas y programas que promueven una vida sana para todos.

Si nos referimos a los procesos migratorios estas políticas y prácticas de salud pública deben incluir a todos los miembros de las comunidades sin considerar la ciudadanía y las condiciones de la migración.

La globalización ha cambiado los patrones migratorios, desde el desplazamiento tradicional a una sola dirección hasta un desplazamiento repetido y bidireccional que constituye lo que se conoce como la migración de retorno rápido o migración circulatoria.

En la actualidad la migración fluye en todas las direcciones, de países pobres a países ricos y de áreas rurales a urbanas.

Estos patrones de desplazamiento migratorio tienen impacto en la salud individual y en la salud pública, lo cual se ratifica con la definición de la Organización Mundial de la Salud en la que se menciona que incluyen factores psicológicos y sociales.

La integración de un migrante en una sociedad huésped se basa en el bienestar mental, físico cultural y social, por lo cual debe haber políticas claras relacionadas a salud en las gestiones migratorias, las mismas que se reflejan en los instrumentos legales internacionales y nacionales.

De acuerdo a la OIM en su publicación “Migración y Salud” manifiesta que el factor de “movilidad” es la clave para entender el vínculo entre la migración y la salud pública:

- La movilidad puede tener forma de desplazamiento planeado aceptado por un país huésped, o puede realizarse de una manera irregular, como en el caso del contrabando.

- Un país determinado puede ser al mismo tiempo un país de emigración, de inmigración, de tránsito y/o de retorno.

- El viaje puede ser internacional, transnacional, o dentro de una región.

- El viaje puede ser permanente, temporal, o de temporada.

- La movilidad implica no sólo el desplazamiento físico de una persona o una población, sino también la movilidad de cultura, creencias de salud y factores epidemiológicos.

- Los patrones de movilidad definen las condiciones de viaje y el impacto consecuente en la salud.

- La condición legal del migrante en el país huésped determina el acceso a los servicios de salud y los servicios sociales.

Es importante con lo mencionado anteriormente que las políticas y prácticas de salud relacionadas con la migración estén en permanentes revisión y desarrollo con el objetivo de responder a la realidad y a los nuevos retos que van apareciendo. Por ejemplo, la globalización, la reaparición de las enfermedades, los cambios rápidos en los patrones de migración y el avance de la tecnología representan retos complejos y constantes.

Debe haber un trabajo en coordinación de las políticas de salud migratorias y las metas de salud pública lo que respaldará la integración exitosa de los migrantes.

La prevención de las enfermedades infecciosas o transmisibles están asociadas con los desplazamientos de las personas por lo que es fundamental que la Salud Pública otorgue las medidas efectivas. La evaluación de la salud antes de la salida (migrantes, refugiados, turistas, personas de negocios, estudiantes) podrían reducir los riesgos de transmisión y evitar cuarentenas.

Los países tienen una base legislativa para los requisitos de migración que incluye una evaluación de salud antes de la salida. La razón fundamental es doble:

1. la protección de la salud y seguridad pública
2. la reducción de carga en los servicios sociales y de salud públicamente financiados

El objetivo de la evaluación de salud antes de la salida es la protección de la salud y seguridad pública, por lo que si se encuentra alguna enfermedad debe ser tratado y evaluado antes de la salida.

La disminución de la carga en los servicios públicos tiene como objetivo reducir las demandas de atención médica o servicios sociales que pueden ser requeridos por los migrantes después de su llegada.

Por lo tanto, la atención se enfoca en enfermedades crónicas, con un alto costo de tratamiento.

Varios instrumentos legales internacionales y nacionales proporcionan el marco para las organizaciones que están interesadas en los aspectos de salud de la gestión migratoria.

Los asuntos políticos, administrativos, legales y de derechos humanos relacionados con la gestión migratoria están incluidos en las políticas de salud de migración y salud pública.

Para encontrar soluciones definitivas a este problema que va en aumento es importante desarrollar políticas de salud de migración.

Estas políticas deben estar integradas de manera global dentro del esquema más amplio de las políticas de migración y deben propiciar un acercamiento de las políticas de los países de origen, tránsito, destino y retorno.

Los derechos humanos, incluyendo los derechos de los migrantes a la salud, incluyen vital importancia en la elaboración de estas políticas.

La salud de migración vinculada a los sistemas de salud pública está convirtiéndose cada vez más en una prioridad para los gobiernos y los activistas de salud en todo el mundo.

Esta prioridad está siendo abordada por esfuerzos cada vez mayores por promover, defender e implementar programas que proporcionen a los migrantes, incluyendo los migrantes irregulares, un mejor acceso a los servicios de salud.

Estas iniciativas están diseñadas para evitar cualquier marginación y estigmatización de los migrantes, evitando también al mismo tiempo cualquier sobrecarga de los sistemas de asistencia médica.

5.- MIGRACIÓN Y GÉNERO

La migración en la década de los 80, era considerada como un fenómeno del sexo masculino. Actualmente, las mujeres corresponden a la mitad de la población migrante en todo el mundo.

Muchas veces se considera la migración como género neutro, por ser el desplazamiento de personas, pero de hecho está relacionada con el género ya que la migración impacta de manera distinta a hombres y mujeres.

Las diferencias relacionadas con el género se entienden por papeles y relaciones entre hombres y mujeres que pueden ser imperceptibles, así como obvios, las cuales son definidas en y por las estructuras socioculturales y los sistemas de la sociedad donde viven las personas.

Las experiencias que los hombres y mujeres tienen como migrantes difieren mucho de la sociedad que espera de una mujer o de un hombre en un país de origen y un país de destino.

Para la realización de políticas y programas es importante tomar en cuenta el género y el respeto de los antecedentes y del contexto socio cultural de los países de origen.

Es importante revisar la utilización del término género y sexo, los cuales muchas veces ocasionan una confusión generalizada.

El género se refiere a una definición social basado en las convenciones culturales, actitudes y relaciones entre hombres y mujeres y, por lo tanto, no es una categoría estática, sino que se produce y reproduce a través de las acciones de las personas pudiendo cambiar de una sociedad a otra y también a lo largo de la historia.

En cambio, el sexo se refiere a las diferencias físicas, anatómicas y fisiológicas de hombres y mujeres.

Estas diferencias de sexo y de género determinan también diferencias en los determinantes de la salud, son distintos problemas de salud, la severidad, la frecuencia, la percepción de síntomas, la vulnerabilidad, la utilización y la accesibilidad de los servicios sanitarios, el cumplimiento del tratamiento y el pronóstico de los problemas de salud entre hombres y mujeres.

A introducir el género en los problemas de salud requiere la consideración de las diferencias entre la socialización de mujeres y hombres, ya que se determinan a la vez distintos valores, actitudes y conductas. Como, por ejemplo, la subordinación de las mujeres, a la demostración de la fortaleza física y la exposición a riesgos para la salud por parte de los hombres.

Ellos deben mostrarse fuertes y saludables y no evidenciar debilidades, lo cual está inmerso en el concepto de la masculinidad. Por lo que la identidad masculina adopta hábitos no saludables, mayor consumo de tabaco y alcohol, conductas de riesgo en la conducción de vehículos, la menor realización de prácticas preventivas, el menor reconocimiento de sus problemas de salud y, por lo tanto, el retraso en las visitas a los profesionales de salud.

Estos comportamientos de riesgo asociados a la masculinidad tradicional son responsables en buena medida de la menor esperanza de vida de los hombres.

Actualmente los estudios están enfocados en su mayoría en el sexo femenino o a su vez se realiza análisis en conjunto con la variable sexo, asumiendo que las determinantes de salud son las mismos en hombres y mujeres sin tomar en cuenta las diferencias biológicas y de género, por lo que a futuro es un reto analizar la salud de la masculinidad, en todas sus dimensiones.

Al analizar los conceptos de sexo y género, es importante revisar la discriminación por sexo, que se refiere a prácticas personales en las cuales un grupo dominante habitualmente los hombres subordinan al género femenino mediante ideas de superioridad o diferencias.

En la historia se han dado estas diferencias, como, por ejemplo, las leyes que impedían votar a las mujeres.

La discriminación afecta la salud en diferentes grados, a nivel mundial la violencia física y mental ha sido responsable de miles de muertes en el mundo.

Estas discriminaciones deberán tenerse en cuenta al estudiar las desigualdades en salud según género y las diferencias según sexo.

Así, los hombres realizan mayoritariamente el trabajo productivo fuera de casa que es considerado fundamental y que es reconocido socialmente, y las mujeres se encargan básicamente de las tareas relacionadas con el cuidado de las personas, que son consideradas complementarias y sin tanto valor social.

En la actualidad encontramos una progresiva incorporación de las mujeres al mercado laboral, la cual ha sido marcada por la existencia de una fuerte segregación laboral según género, tanto horizontal (***las mujeres se concentran en unos pocos sectores de actividad económica, sobre todo en los servicios***) como vertical, ya que las mujeres ocupan la mayoría de trabajos menos cualificados y con menor autoridad.

Debido a la segregación de género del mercado laboral, un sector importante de los hombres se concentra en ocupaciones con alto riesgo de accidentes laborales. Y, además, el desempleo, los contratos precarios y los salarios bajos son más frecuentes en las mujeres.

Otro ejemplo de la discriminación de las mujeres es su sistemática exclusión de los ensayos clínicos o de estudios relevantes sobre la salud y la enfermedad, asumiendo que los resultados obtenidos al estudiar a los hombres pueden ser extrapolados a las mujeres, cuando no siempre es así.

El artículo de Laguna y de Andrés, también en este número de la Revista Española de Salud Pública, pone en evidencia que la mayoría de los informes finales de ensayos clínicos recibidos en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios a comienzos de 2007 (justo cuando se aprobó la Ley de Igualdad) no desagregaban la información por sexo.

Este estudio puede servir como base en el futuro para evaluar la Ley de Igualdad respecto a este tema.

No es posible comprender las desigualdades en salud según género sin tener en cuenta las desigualdades según clase social, ya que las personas son de un género y de una clase social.

Por ejemplo, a pesar de que la salud percibida de las mujeres es peor que la de los hombres, la salud percibida de una mujer de clase privilegiada es mejor que la de un hombre trabajador manual.

Son fundamentalmente investigaciones que analizan la salud de mujeres y hombres según su clase social teniendo en cuenta distintos grupos de análisis en función de la situación laboral, los trabajos realizados, el estado civil o las demandas familiares.

En el futuro no sólo será importante tener en cuenta los ejes de desigualdad de clase social y género, sino también el país de origen de las personas debido a la importante inmigración que ha existido a nivel mundial.

Por último, es necesario señalar que las políticas de salud también deben tener en cuenta las desigualdades de género, para visualizar los problemas de salud, en la toma de decisiones y en la formulación, implantación y evaluación de las políticas de salud.

CONCLUSIONES

El desarrollo de este trabajo me ha permitido establecer que:

La migración hacia Chile se encuentra en un aumento sostenido, cuyas cifras si bien, no son altas en comparación a la población total de Chile, reflejan que el país se está posicionando en Latinoamérica como un lugar extremadamente atractivo en referencia a los otros países de la región.

El tipo de inmigración predominante en la actualidad es la de desplazamientos espontáneos de personas, la cual responde a llegada de inmigrantes "indeseados", en el sentido de ser entendida como la que no es efectuada con ayuda de instituciones nacionales con objeto de radicar a extranjeros en ciertas zonas del país.

Existe un gran aumento de población tanto en personas procedentes de países que durante las últimas ya presentaban un gran asentamiento en Chile, como la peruana y boliviana, como así también, un aumento rápido y explosivo de inmigrantes de otras nacionalidades, como lo son la colombiana, haitiana y dominicana.

La discrecionalidad en el recibimiento de inmigrantes por parte del Estado chileno, si bien ha presentado matices camino a la actualidad, sigue muy presente a pesar de perseguir objetivos distintos a los de principio de siglo. En un comienzo, el objetivo del Estado era el de "mejorar la raza", atrayendo a población europea al asentamiento en ciertas zonas del país. En la actualidad, con la normativa vigente que responde al impedimento de ingreso de personas con cierta ideología política, basada en la en la doctrina de la seguridad nacional, puede ser utilizada para impedir el ingreso de cierta población migrante que la autoridad estima inconveniente, siguiendo parámetros poco objetivos, y que muchas veces cae en conductas discriminatorias y arbitrarias.

La normativa vigente en materia de extranjería se manifiesta principalmente en el Decreto Ley 1.094 de 1975 y su respectivo Reglamento, los que si bien, han presentado reformas, estas han sido de muy poca relevancia, conservando el espíritu presente al momento de su dictación, el cual no se corresponde con una mirada respetuosa de derechos, sino al contrario, los restringe y posibilita su vulneración.

Esta normativa citada, presenta varios artículos en que se le otorga a la Administración, en específico, a los órganos encargados de ingreso, visas y expulsiones del país, facultades discrecionales, que en la práctica derivan en situaciones que no son compatibles con los estándares internacionales mínimos establecidos en diferentes instrumentos, tales como Declaraciones de Derechos y Convenciones de Derechos Humanos y Tratados específicos de la materia, toda vez, que están ratificados y vigentes en Chile.

Estas facultades discrecionales presentes en los algunos artículos del Decreto Ley y su Reglamento, si bien, en ciertos artículos se encuentran expresamente atribuidas, en otros, que en primera instancia son actos estrictamente reglados, desencadenan en esta, debido al uso de conceptos jurídicos indeterminados.

Sobre el ingreso de extranjeros al país, encontramos requisitos que los extranjeros deben cumplir para llevarlo a cabo, dentro de los cuales se encuentran el no incurrir en una causal de prohibición de ingreso. Estas son la gran expresión de la discrecionalidad por parte de la Administración en esta materia. Lo mismo sucede en materia de concesión de visas, respecto al rechazo y revocación de estas, y en la expulsión de extranjeros.

Si bien el Derecho Internacional reconoce la soberanía que tienen los Estados respecto al control migratorio que puedan presentar para el resguardo de sus fronteras, este mismo Derecho establece en varias Declaraciones y Convenciones que el límite a esta soberanía recae en el respeto a los Derechos Fundamentales inherentes a la persona humana.

Nuestra normativa constitucional manifiesta la igualdad en la titularidad de derechos entre nacionales y extranjeros, ya que, si bien no la consagra expresamente, existen preceptos que ayudan a dilucidar esta situación, como lo es el encabezado del artículo 19, y el artículo 19 número 2 y 3, todo esto en concordancia con lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional de Chile.

Consagra nuestra Constitución también, el derecho a la igualdad ante la ley y el debido proceso, situaciones que no son resguardadas en todos los procedimientos presentes en la normativa vigente en materia de extranjería, contradiciendo instrumentos internacionales sobre la materia.

La igualdad ante la ley, consagrada en la Constitución Política de Chile y en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos, presenta deficiencias en varios aspectos, como lo son:

Los conceptos indeterminados que utilizan ciertos artículos del Decreto Ley los que deben ser utilizados de forma discrecional en materia de otorgamiento de visas. En particular se destaca los presentes en el artículo 13 (conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional), las cuales favorecen al trato diferenciado de las personas para obtener residencia en Chile, desencadenando en una notoria discriminación de ciertos grupos de migrantes.

Algunas de las causales de prohibición de ingreso al país como lo es la del artículo 15 número 4 del Decreto Ley, la que desencadena en la práctica en una discriminación de carácter económico, toda vez que lo que pareciera que impera es el desmedro económico que puede significar al Fisco respecto de los extranjeros sin trabajo.

Sobre el debido proceso reconocido en el artículo 19 número 3 inciso quinto de nuestra Constitución, y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se ve vulnerada en varias etapas del proceso migratorio como:

En materia de ingreso al país, en la indeterminación en causales de prohibición de ingreso, falta de recursos especiales para revocarlas, la recurrente omisión de su duración, y la inexistencia de procedimientos de readmisión.

En materia de expulsión, al prácticamente el extranjero no tener acceso a una adecuada y oportuna defensa jurídica, no tener acceso a intérprete si lo necesitare, no tener efectivo acceso a recursos ni a plazos prudentes, entre otros.

Es entonces como, se debiera avanzar hacia una nueva Ley sobre la materia, toda vez que la actual ya no es coherente con el contexto actual del país, la cual debiera promover y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de estas personas que buscan establecerse en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

Anuario Estadístico Nacional Migraciones 2005-2014.

Bassa Mercado, Jaime: “Reserva legal y protección de los Derechos Fundamentales de los inmigrantes” en Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, N°1, 2007.

Bassa Mercado, Jaime; Torres Villarrubia, Fernanda: “Desafíos para el Ordenamiento Jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, en Revista Estudios Constitucionales, Vol.13 N°2, 2015.

Biblioteca del Congreso Nacional: “La migración en Chile. Su carácter intrarregional y la legislación nacional”, Informe, 2015.

Bordalí Salamanca, Andrés: “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXIII, 2009.

Cano Christiny, María Verónica; Martínez Pizarro, Jorge y Soffia Contrucci, Magdalena: Serie Población y Desarrollo N°88. Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile antes un nuevo escenario migratorio, 2009.

Informe División de Población, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, ONU, 2013.

Díaz Tolosa, Regina: “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales” en Estudios Constitucionales, Año 14, N°1, 2016.

Domínguez Valverde, Cecilia: “Derecho Chileno Migratorio a la luz del Derecho Migratorio Internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? en Revista Chilena de Derecho, vol.43, N°1, 2016.

Galdámez Zelada, Liliana: “Algunos criterios del Tribunal Constitucional sobre el estatuto jurídico de las personas extranjeras en Chile” en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 5, N°3, 2014.

Godoy Araya, Rodrigo: "Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013" en Anuario de Derechos Humanos, N°10, 2014.

Guzmán, Lionel: "El control de la discrecionalidad administrativa en Chile", Tesis para optar a Magister, Universidad de Chile, 2001.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae sobre expulsión de personas migrantes. Rol N°2273-12, 2012.

Lara, María Daniela: "Evolución de la Legislación Migratoria en Chile. Claves para una lectura (1824-2013)" en Revista de Historia del Derecho, N°47, 2014, Buenos Aires.

Letelier, Fabiola: Seminario Encuentro sobre Migrantes, 24 de noviembre de 2000.

Mahaluf Pinto, Luis: "Alcances y límites de la Discrecionalidad Administrativa.

Pierry Arrau, Pedro: "El Control de la Discrecionalidad Administrativa" en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°8, 1984.

Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. En línea.

Robert, Marcela: "Informe en Derecho. Estudio sobre las potestades discrecionales de la Administración del Estado: la destinación funcionaria", Tesis para optar a Magister, Universidad de Chile, 2011.

Sánchez Morón, Miguel: "Discrecionalidad administrativa y control judicial", 1994.

Stefoni, Carolina: "Inmigración en Chile. Nuevos desafíos" en A.A.V.V: Chile 2001-2002. Impactos y Desafíos de las Crisis Internacionales, 2002.

Stefoni, Carolina: "La ley migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante" en A.A.V.V: La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías, 2011.

Stefoni, Carolina: "Perfil Migratorio de Chile", Organización Internacional para las Migraciones, 2011.

Universidad Diego Portales, "Informe Derechos Humanos", 2010.

Informe de OIM en Chile, Los desafíos de las migraciones en Chile 2008.

<http://www.iom.int/jahia/Jahia/developing-migration-policy/migration-and-health/lang/es>, Migración y Género, International Organization for migration

http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s1135-57272008000300001&script=sci_arttext,
las desigualdades de género en Salud, retos para el futuro

<http://www.matriz.net/caps2/quadern/30/5valls.pdf>, Desigualdades de género en
Salud Pública

JURISPRUDENCIA

Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2001.

Corte IDH, Vélez Loo vs Panamá, 2010.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N° 2309-2015, Santiago, 2015.

Tribunal Constitucional de Chile, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del D.L No.1094/75.